

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
Centro de Ciências Jurídicas
Programa de Pós-Graduação em Direito - Nível de Mestrado

Fernanda Trentin

O PLURALISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO E OS
EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado da Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do Grau de Mestre
em Direito, sob a orientação do Prof. Dr.
Antonio Carlos Wolkmer

Florianópolis
2011

Catalogação na fonte elaborada pela biblioteca da
Universidade Federal de Santa Catarina

T795p Trentin, Fernanda

O pluralismo jurídico contemporâneo e os
equivalentes jurisdicionais [dissertação] /
Fernanda Trentin ; orientador Antônio
Carlos Wolkmer. - Florianópolis, SC, 2011.
92 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade
Federal de Santa Catarina, Centro de
Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Pluralismo jurídico. 3.
Conflito de jurisdição. 4. Direitos civis.
I. Wolkmer, Antonio Carlos. II.
Universidade Federal de Santa Catarina.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
Título.

CDU 34

Fernanda Trentin

O PLURALISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO E OS
EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de Mestre
e aprovada em sua forma final pelo Programa de Mestrado da
Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 10/20/2011.

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Sidney Francisco Reis dos Santos
Universidade Estácio de Sá

Prof^a. Dra. Maria de Fátima Wolkmer
Universidade de Caxias do Sul (suplente)

DEDICATÓRIA.

Dedico este trabalho àqueles que lutam por uma justiça mais célere, menos burocrática e que saibam a diferença entre o acesso à justiça e o efetivo e pleno acesso à justiça.

AGRADECIMENTOS

Talvez minha trajetória profissional tivesse sido diferente se eu não tivesse dado razão àquele que sempre acreditou que melhor do que uma jornalista, física ou engenheira, eu seria uma boa advogada.

Para você, meu pai, que deixou este mundo para cuidar dos anjos e arcanjos, meu agradecimento... Sei que estará presente em todo o sempre, onde eu estiver.

À minha mãe, guerreira dentro e fora da batalha, que lutou com dignidade, respeito e carinho, para a educação de seus filhos, obrigada pela vida, pelo apoio, pelo exemplo.

Ao meu companheiro Fernando, que soube entender que além da TPM, as mulheres e homens também são atingidos pela TPD – tensão pré-dissertação, que pode causar estragos ainda maiores que a primeira Obrigada pela paciência, pelo apoio, pelos momentos que entendeu que sua ausência significava um tempinho para que eu pudesse escrever mais algumas linhas.

Aos meus filhos, Carol e Gabi, que compreenderam, ainda que na marra, minha ausência, minha falta de tempo, meus momentos sozinha no quarto ou escritório, acompanhada apenas do computador. Obrigada por fazerem parte da minha vida e compreenderem que parte disso tudo que realizo é feito para vocês e por vocês.

Aos colegas e funcionários do Núcleo de Prática Sócio Jurídica da Universidade do Oeste de Santa Catarina, pela paciência que tiveram comigo no decurso desses dois anos de mestrado. Ale, Carlize, Mixi, Ede, Biga, Everton, Rose... Obrigada!

Ao Professor Antonio Carlos Wolkmer, meu ilustre orientador, que iluminou meus tortuosos passos para o desenvolvimento da pesquisa, obrigada por dividir comigo seus conhecimentos e experiências, que vão muito além do saber jurídico.

"O pior governo é o que
exerce a tirania em nome das leis
e da justiça."
(Barão de Montesquieu)

RESUMO

Em virtude da crescente demanda jurisdicional, o Poder Judiciário passou a buscar estratégias a fim de atender a esse aumento sem necessariamente fazer com que a solução para os litígios fosse dada pela figura do Juiz. Nessa busca, foram encontrados os métodos chamados “equivalentes jurisdicionais”, que são formas não-jurisdicionalizadas de resolução de conflitos, porém em atenção às exigências do Estado. O presente trabalho vai abordar o pluralismo jurídico, com ênfase ao estudo dos equivalentes jurisdicionais, que são estratégias à busca pelo acesso à justiça por meios menos burocráticos e mais céleres, com menor intervenção do Estado e maior intervenção do próprio litigante. No desenvolvimento do trabalho, serão abordados os conceitos sobre pluralismo jurídico, acesso à justiça, crise paradigmática e monismo jurídico, no primeiro capítulo. O segundo capítulo observa a conceituação e características de diversos equivalentes jurisdicionais, entre eles a conciliação, à mediação e a arbitragem, além de expor alguns programas do Conselho Nacional de Justiça com vistas à garantia do acesso ao Poder Judiciário. No terceiro capítulo, por fim, far-se-á uma análise que deseja concluir se os equivalentes jurisdicionais, de fato, podem ser considerados instrumentos pluralistas de acesso à justiça.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico. Equivalentes jurisdicionais.
Acesso à justiça.

ABSTRACT

Given the growing demand court, the judiciary began to seek strategies to meet this increase without necessarily cause the solution to the dispute was the figure given by the Judge. In this search, found the methods called "jurisdictional equivalents", which are non jurisdictional forms of conflict resolution, but for the requirements of the state. This paper will address legal pluralism, emphasizing the study of equivalent jurisdictions, which are strategies to search for access to justice by less bureaucratic and quicker, with less state intervention and greater intervention of the litigant. In developing this work will consider the concepts of legal pluralism, access to justice, legal monism and paradigmatic crisis in the first chapter. The second chapter looks at the concept and characteristics of various jurisdictional equivalent, including conciliation, mediation and arbitration, as well as exposing some programs of the National Council of Justice with a view to ensuring access to the courts. In the third chapter, finally, far will want to complete an analysis that if the jurisdictional equivalent, in fact, may be considered instruments pluralistic access to justice.

Keywords: Legal Pluralism. Jurisdictional equivalent. Access to justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A CRISE PARADIGMÁTICA E O SURGIMENTO DO PLURALISMO JURÍDICO	14
1.1 MONISMO JURÍDICO: O ESTADO COMO CENTRO DO PODER	14
1.2 A CRISE PARADIGMÁTICA DAS CIÊNCIAS HUMANAS E A RUPTURA DO DISCURSO JURÍDICO TRADICIONAL ...	17
1.3 PLURALISMO JURÍDICO: O PARADIGMA DA CONTEMPORANEIDADE	22
1.3.1 O direito de pasárgada de Boaventura de Sousa Santos	23
1.3.2 Pluralismo jurídico no Brasil	25
1.3.3 O Pluralismo Jurídico por Antonio Carlos Wolkmer	27
1.3.4 A pluralidade alternativa no interior do direito oficial x práticas alternativas no espaço do direito não-oficial.....	28
1.4 O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL	33
1.4.1 Parâmetros para definição da expressão “acesso à justiça”... ..	33
1.4.2 Análise histórica do acesso à justiça no Brasil	34
1.4.3 As “ondas” do movimento pelo acesso à justiça	36
2 OS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS	39
2.1 A JURISDIÇÃO: BREVE HISTÓRICO	40
2.2 O PODER JUDICIÁRIO COMO SUJEITO EMANADOR OFICIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	41
2.3 OS MECANISMOS MENOS CONVENCIONAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS	43
2.3.1 A conciliação	49
2.3.2 A mediação	50
2.3.3 A Arbitragem	52
3 EQUIVALENTES JURISDICIONAIS E O PODER JUDICIÁRIO: UM EXERCÍCIO PLURALISTA DO DIREITO	54
3.1 OS JUIZADOS ESPECIAIS	55
3.2 O PROCESSO ELETRÔNICO	56
3.3 PROCEDIMENTOS REALIZADOS PELA VIA ADMINISTRATIVA (LEI 11.441/07)	58
3.4 OS PROJETOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	60
3.4.1 Advocacia voluntária	60
3.4.2 Casas de Justiça e Cidadania	61

3.4.3 Mutirão pela Conciliação	62
3.4.4 Mutirões da Cidadania	63
3.5 OS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS COMO FORMAS PLURALISTAS DE ACESSO À JUSTIÇA	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS	72
ANEXO I	77
ANEXO II	88
ANEXO III	90

INTRODUÇÃO

A sociedade mundial viveu momentos de crise, verificados em função de diversos fatores, entre eles a globalização, a evolução tecnológica, a facilidade de relacionar-se comercialmente, entre outros. A consequência desses processos foi o aumento da demanda judicial, uma vez que o crescimento de relações pode gerar conflitos.

No entanto, o Estado não estava preparado para atender a toda essa demanda, já que até muito pouco tempo monopolizou todo o poder decisório. Assim, verificou-se uma crise paradigmática, uma vez que o Estado precisou deixar de atender sozinho às expectativas da população, devendo criar mecanismos que facilitassem o acesso à justiça, sem ferir o desejo da lei.

Vivenciou-se a crise paradigmática do direito, em conjunto com uma crescente demanda jurisdicional, capaz de abarrotar o sistema judiciário atual, que fez emergir tentativas menos convencionais para atendimento dos interesses do cidadão. Isso fez com que o Poder Judiciário passasse a buscar estratégias a fim de atender a esse aumento sem necessariamente fazer com que a solução para os litígios fosse dada pela figura do Juiz.

Diversas doutrinas trazem a possibilidade de utilização de formas menos convencionais ou alternativas de acesso à justiça, de modo a auxiliar o Poder Judiciário a vencer o acúmulo de demanda que espera pela tutela jurisdicional.

Desta forma, as formas menos convencionais de resolução de controvérsias, fruto da doutrina do pluralismo jurídico mostram-se como uma válvula de otimização à resolução dos conflitos.

O próprio Estado, através do Conselho Nacional de Justiça e de outros setores especializados, desenvolve projetos/programas que podem atender a essa demanda, sem necessariamente precisar do atendimento imediato da figura do Juiz, embora sempre em atenção às exigências do Estado.

Para tal fim, será necessário observar se o pluralismo jurídico deve ser visto como um movimento “alternativo” ao direito estatal, ou se pode caminhar junto com ele. Isso porque a doutrina pluralista pode ser verificada à margem do Estado, como um pluralismo comunitário

autêntico, ou ainda poder utilizar-se do suporte do Estado para garantir algumas prerrogativas, tornando-se semi-institucionalizado. É a partir deste último que a presente pesquisa vai se sustentar.

Nesse sentido, buscar-se-á demonstrar se o a crise paradigmática supracitada já foi vencida pelo pluralismo jurídico, bem como se o Estado vem desenvolvendo propostas pluralistas de acesso à justiça.

Para tanto, deverá se utilizar como parâmetro da pesquisa um marco teórico ou teoria de base, como ponto de partida em torno da qual se baseiam todos os conceitos utilizados no trabalho.

A teoria de base da presente pesquisa é o estudo do Pluralismo Jurídico, que deve ser analisado com base nas definições, principalmente, do Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer. Além disso, serão analisadas questões relativas ao acesso à justiça, observando-se que este acesso poderá ser realizado através dos métodos pluralistas, alternativos, como conciliação, mediação e outros, chamados de equivalentes jurisdicionais.

Para atingir o objetivo esperado, a presente pesquisa será dividida em três capítulos. O primeiro deles fará um apanhado sobre o monismo jurídico e a crise paradigmática que assolou tal paradigma, indicando a existência do paradigma pluralista, com as devidas conceituações sobre o pluralismo moderno. Ainda, observar-se-ão algumas definições sobre acesso à justiça, demonstrando que o Poder Judiciário precisou de estratégias para suprir a falta de prestação jurisdicional.

No segundo capítulo, far-se-á uma análise sobre os equivalentes jurisdicionais, indicando alguns métodos que já vem sendo utilizados, seja extrajudicial, seja judicialmente, como formas de resolução de conflito mais céleres, menos burocráticas e, portanto mais eficazes.

Para finalizar, o terceiro capítulo fará uma análise para verificar se, frente à crise paradigmática que demonstrou que o monismo jurídico já não supre as exigências do mundo moderno, o Estado buscou alternativas pluralistas, como por exemplo, pelo uso dos equivalentes jurisdicionais, em especial através dos projetos desenvolvidos pelo Conselho Nacional de Justiça, que podem ser considerados formas pluralistas de acesso à justiça.

É necessário salientar que a presente pesquisa possui como objetivo geral verificar se os métodos alternativos de resolução de conflitos pode ser considerados mecanismos pluralistas, na modalidade “semi-institucionalizados”, capazes de efetivar o acesso à justiça. Os objetivos específicos são a teorização do Pluralismo Jurídico (teoria de base da presente pesquisa); a análise dos equivalentes jurisdicionais, ressaltando suas diferenças sobre a forma tradicional de resolução de conflitos e a verificação, ao final, se os métodos alternativos de resolução de conflito atendem ao conceito pluralista de direito, bem como se, desta forma, garantem o acesso a uma ordem jurídica justa.

Para verificação e análise dos objetivos propostos, o método de abordagem utilizado será o indutivo e o procedimento adotado será o método monográfico, ou seja, empregando-se a técnica da pesquisa bibliográfica.

1 A CRISE PARADIGMÁTICA E O SURGIMENTO DO PLURALISMO JURÍDICO

Neste primeiro capítulo tratar-se-á dos conceitos e origem histórica do pluralismo jurídico, observando as teorias jurídicas existentes, para demonstrar sua importância no cenário jurídico atual.

Para tal escopo, imprescindível que se faça uma análise sobre o paradigma monista, demonstrando sua fragilidade e decadência, para posteriormente indicar a crise paradigmática existente e a necessidade de romper com o discurso jurídico atual, trazendo à tona o modelo pluralista.

Desta forma, o próximo item vai tratar do monismo jurídico, para na sequência tratar de sua crise.

1.1 MONISMO JURÍDICO: O ESTADO COMO CENTRO DO PODER

Para chegar ao assunto de maior interesse deste item, qual seja o pluralismo jurídico, necessário traçar o percurso do Direito neste país. Nesse sentido, o presente tópico abordará o monismo estatal, salientando suas características, peculiaridades e insuficiências.

Uma concepção mais esclarecida do monismo jurídico pode ser compreendida a partir da leitura de Carvalho (2010, p. 14), segundo o qual “O monismo jurídico é a concepção, consolidada ao longo da modernidade, segundo a qual o Estado é o centro único do poder e o detentor do monopólio de produção das normas jurídicas.”

Desta forma, entende-se o monismo jurídico como um paradigma calcado na centralização da atividade legislativa e de resolução de controvérsias por parte do Estado, que é soberano.

O Monismo é um modelo técnico, formal, preocupado com a legalidade e o reducionismo normativista para garantir a hegemonia do Estado “juiz” e frear as manifestações concomitantes com a imposição estatal. Surge com o esgotamento do feudalismo e emergência burguesa, sendo um instrumento de desenvolvimento socioeconômico

no qual o capital é o instrumento principal, e posteriormente vai servir de arma para a manutenção do poder burguês que ascende e deseja a supremacia de seus valores. (ANDRADE; RIBEIRO, 2011)

Na terceira edição do livro publicado em virtude do Curso “Direito Achado na Rua”, pela Universidade de Brasília, Farias (1990) destaca que tradicionalmente, o Direito é visto como um mero sistema normativo, que não realiza a justiça e não promove a paz social, porque a lei é “tomada como expressão dos interesses da classe dominante, desvinculada de sua gênese dos costumes auto-regulador da vida social”. (FARIAS, 1990, p. 15)

De acordo com Chateaubriand (2011), há um modelo que se sobrepõe ao monista, qual seja o pluralismo. Veja-se:

(...) para a corrente monista, somente o Estado seria o detentor do monopólio legislativo, cabendo a ele (Estado) elaborar as leis e normas. Por seu turno, os pluralistas entendem diferente, onde não somente o Estado é detentor exclusivo do poder de criar normas jurídicas, mas sim, toda a ordem possível de organizações, tais como condomínios, associações de classe, empregados e empregadores organizados em sindicatos etc.

Esse modelo pluralista, acima citado, será objeto de análise mais completa item a seguir, já que fundamenta a presente pesquisa.

Em relação ao monismo, então, significa dizer que caberá apenas ao Estado a construção de toda e qualquer atividade norma jurídica. Qualquer outra atividade legislativa comunitária participativa é rechaçada, ignorada pelo monismo jurídico.

Carvalho (2010, p. 14) identifica que o monismo jurídico, por seu formalismo acentuado, “reduz a legitimidade à legalidade”, fechando qualquer brecha ao direito pluralista. Não há abertura para a comunidade, para as associações, para o direito coletivo. O modelo é “engessado”, sem discussão.

De acordo com Falcão, o monismo se fecha para qualquer tipo de relação entre Estado e sociedade. Ele destaca a existência de duas visões

para fundamentar o monismo jurídico. Falcão acredita que o monismo parte de duas crenças, sendo a primeira baseada no fato de que as normas estatais abrangem todas as relações sociais e a segunda, que se o objetivo do Estado é o de reduzir conflito e não de praticar a justiça, isso significa que fazer justiça seria o mesmo que fazer justiça legal. Desta forma, inexistiria justiça fora dos tribunais e das leis. (FALCÃO, 2006)

O monismo jurídico (de origem kelseniana) traz um conceito de direito como “sistema normativo fechado”, “posto pelo Estado”. “Responde historicamente à predominância do Estado na sociedade contemporânea desenvolvida, e transforma direito e justiça em direito estatal e justiça estatal”. (FALCÃO, 1990).

Moraes (2010, p. 286), fazendo referência aos modelos de Alf Ross, Hans Kelsen, Hart e Llewellyn, ensina:

Esse centro único de poder, segundo tal perspectiva, somente podia ser desenvolvido a partir da estrutura estatal, o que se convencionou denominar de perspectiva monista do sistema jurídico.

Carvalho compreende o monismo jurídico como a concepção segundo a qual o Estado seria o centro do poder, sendo que a lei tem força pelo simples fato de existir. (Carvalho, 2010, p. 14)

Para o referido autor, o “monismo funda-se na tese da auto-suficiência do ordenamento jurídico: o direito legitima-se por si mesmo, independentemente de referências” a quaisquer outros valores, o que permite que o poder público e a lei sejam distantes da realidade social. (Carvalho, 2010, p. 15)

Assies (2003[s/p]) cita Hans Kelsen, que diz que Estado e direito são a mesma coisa, no sentido de que somente o Estado é produtor de direito e por consequência o direito só pode ser criado pelo Estado e completa, sugerindo a distribuição do poder, mencionada por Manuel Castells:

Este autor sugiere que está surgiendo el Estado-red caracterizado por la organización administrativa flexible y descentrada o reticular donde existen formas de poder y autoridad no jerarquizadas sino más bien constituyendo una red con nodos de poder distribuidos según una nueva

geometría del poder e de instituciones a niveles distintos (local, nacional, regional, global) y con competencias distintas, compartidas y solapadas.

Em relação ao monismo jurídico ocidental, percebe-se que há tempo já se encontra ultrapassado. Antas Jr. acredita que o aparente monismo jurídico dos Estados Territoriais do ocidente contrasta com o pluralismo jurídico secular de grande parte dos países dos continentes africano, asiático e mesmo americano como, por exemplo, na região amazônica. (ANTAS JR, 2001)

Saliente-se que os países ocidentais são demasiadamente ricos em pluralidade normativa, ainda que num mesmo país, sendo que, por diversas vezes, em um único país poderá haver regimentos diferentes, impostos por mais de um Estado, que não apenas o oficial. (ANTAS JR, 2001)

Um modelo que tende a legitimar apenas o Estado como produtor de lei, centro do poder, torna-se insuficiente na medida em que os fatores sociais, culturais, científicos, filosóficos e sociológicos vão se modificando e tornando-se diversificados.

A sociedade moderna não comporta um direito unificado, centralizador, razão pela qual o monismo jurídico mostra-se em crise. Nesse sentido, o próximo item abordará a questão da crise paradigmática, fazendo-se crítica ao modelo monista ora analisado.

1.2 A CRISE PARADIGMÁTICA DAS CIÊNCIAS HUMANAS E A RUPTURA DO DISCURSO JURÍDICO TRADICIONAL

Como se observou no item anterior, ao passo que a teoria moderna do direito trouxe uma cultura liberal e igualitária, centrada na segurança e na centralização política, acabou também por criar uma tradição monista, calcada na racionalidade e no cientificismo.

Essa cultura, de ideal iluminista, acabou por revelar um projeto formalista, tecnicista, que não consegue resolver aos impasses atuais. Mostra-se ultrapassado, visto ter sido consolidado nos séculos XVIII e XIX.

O paradoxo da modernidade, segundo Stein (1997), faz imperar a autoridade estatal opressora, que impede que o homem se afirme em termos de autonomia e liberdade.

De acordo com o autor, vem deixando-se de lado os elementos de respeito à pessoa humana, o processo emancipatório, o convívio consensual, com o poder, vivendo-se uma recusa paradoxal aos elementos internos da modernidade.

Assim, Stein identifica esse período como de conflito entre o “indivíduo e coletivo na modernidade”. Ou seja, as sociedades contemporâneas recusam a parte essencial da modernidade, “que teria um sentido mais coletivo (...), mais comunitário, os elementos sociais que resultam da racionalidade como forma de organização. (1997, p. 20)

Wolkmer (2010, p. 08) indica a urgência da retomada de um debate sobre a grande quantidade de fontes legais, normatividades locais, de modo a ultrapassar o âmbito da “estreita juridicidade estatal”.

O que se propõe é o estudo de teorias que atendam às necessidades da população. A crise paradigmática, então, nasce da vontade de fazer desaparecer o monismo acima descrito, com vistas à formação de um direito mais abrangente, interdisciplinar, pluralista.

Farias destaca (1990, p. 17):

(...) o direito não se configuraria como ordem, mas como processo, na gênese, modificação e suplantação que determina a ruptura das estruturas sociais assentes, com a exigência e consolidação de novos direitos que não se encontravam na ordem anterior.

Neste sentido, vive-se a crise paradigmática do Direito, que na lição de Streck vem revestida por dois aspectos. Segundo ele, de um lado sustenta-se posturas objetivistas e de outro, posições doutrinárias e jurisprudenciais assentadas no subjetivismo. (STRECK, 2011)

Streck (2011) sustenta a necessidade de enfrentar a crise paradigmática, porquanto o monismo vem trazendo prejuízos ao desenvolvimento correto do sistema jurídico do país. O sistema monista está em crise não apenas por deixar de analisar outros “direitos”, mas também porque não evolui conforme a natural evolução das coisas. A

busca por fatores externos e por métodos não tradicionais se faz necessárias no âmbito civil, trabalhista, penal, processual, ou seja, em âmbito jurídico *stricto sensu*. (STRECK, 2011)

Martins (2010, p. 70) destaca a importância de se abandonar os antigos ideais positivistas. Segundo ele, devem-se abandonar os velhos dogmas positivistas, pois assim a Constituição poderá se distanciar do texto normativo, ou seja, “o discurso officioso distanciado do discurso oficial”. Entende que a concretude não está ligada ao texto, porque se estivesse, “as súmulas vinculantes seriam as fórmulas mágicas para as promessas não cumpridas da modernidade para a efetivação dos direitos e garantias constitucionais”.

Nos marcos da crise dos valores e do desajuste institucional das sociedades periféricas de massa, da estruturação das novas formas racionais de legitimação da produção capitalista globalizada e de saturamento do modelo liberal de representação política e do esgotamento do instrumental jurídico estatal, nada mais correto do que empreender o esforço para alcançar outro paradigma de fundamentação para a cultura política e jurídica. (WOLKMER, 2001, p. 169).

O ilustre Boaventura de Sousa Santos utiliza a expressão “luta subparadigmática” para traçar o entrave jurídico do paradigma monista, que em virtude de sua insuficiência vê-se em crise. (SANTOS, 2000)

Para Griboggi (2011), a crise do positivismo se deu em virtude da perda de sua legitimidade no papel de emanador da ordem jurídica, pois não acompanhava mais a realidade social, descompassando com suas finalidades.

A crise paradigmática é identificada quando o paradigma atual já não mais explica seus fenômenos. Silva Filho (1995) evidencia que o paradigma da dogmática jurídica é um conceito histórico composto a partir da convergência de processos parciais que se encontram na base da modernidade.

De acordo com Matos (2011), no que se refere ao sistema jurídico, a crise paradigmática se revela através da “sensação de ambigüidade” pela qual as normas vêm passando, bem como em virtude da “incerteza das decisões judiciais”.

Lyra Filho (1990, p. 33) ensina, de forma brilhante:

“o direito autêntico e global não pode ser isolado em campos de concentração legislativa, pois indica os princípios e normas libertadores, considerando a lei um simples acidente no processo jurídico, e que pode, ou não, transportar as melhores conquistas.

É fácil perceber que o atual modelo de Estado está mitigado frente às necessidades do povo, gera conflitos ligados ao positivismo jurídico, enfraquecendo-se, já que não mais possui nem monopólio, nem legitimidade exclusiva, rompendo-se assim com o monismo jurídico.

De acordo com Antunes (2011 [s/p]), a teoria crítica do direito “explicita a crise de paradigmas e insuficiência dos modelos jurídicos oficiais”. Nesta senda, o pluralismo jurídico estaria centrado nessa premissa da teoria crítica, propondo um novo paradigma na cultura jurídica, “no qual há a emergência de novos atores e novas esferas de juridicidade que favorecem a participação e a descentralização no âmbito do direito.

O monismo jurídico fez com que o direito e a política andassem separados, como se fosse atividades independentes. Mas não o são. No entanto, em virtude desse modelo (como já destacado, ultrapassado), duas atividades interdependentes passaram a ser estudadas como manifestações autônomas.

O resultado dessa separação, de acordo com Matos (2011), foi “considerar a ciência jurídica como a ciência jurídica dos juízes”. Desta forma, a “a ciência do direito passou a se dedicar quase que exclusivamente ao estudo dos métodos que conduzem da interpretação dos textos ou das normas à aplicação nos casos concretos”.

O autor vai além:

Os textos e as normas são dados ao direito; a produção de textos e de normas importa à política e não ao direito. Até mesmo juristas pragmatistas fazem essa redução da ciência jurídica à ciência do judicial; é o caso de Oliver W. Holmes que considera o direito como a predição de como os tribunais irão julgar (predição essa formada a

partir da observação de como esses tribunais vêm julgando). (MATOS, 2011, [s/p])

É no contexto indicado por Antunes (2011[s/p]), que se questiona o monopólio do Estado, cuja exclusividade gera desconforto em relação ao acesso à justiça.

Para o autor acima (Antunes, 2011), é necessário que haja produção de um novo conhecimento jurídico, que consiga questionar social e radicalmente os paradigmas antigos, já que o direito clássico não atende as demandas atuais, repletas de conflitos.

Falcão arremata, dizendo que “a lentidão e o difícil acesso ao Judiciário são talvez os melhores indicadores da ambição irrealizada do monismo jurídico”. (FALCÃO, 2006, p. 28)

Neste sentido, mostra-se importante o estudo do pluralismo jurídico, que será visto no item a seguir. Carvalho destaca que as teses pluralistas surgem para contrapor o monismo, além de denunciar seu caráter classista e a “perda da funcionalidade das instituições estatais”. (Carvalho, 2010, p. 15)

Frente à crise vivenciada, torna-se imprescindível achar saídas para que a teoria jurídica possa ser readaptada e redirecionada ao atendimento dos anseios sociais. Assim, surgem os estudos sobre práticas mais democráticas, com participação popular como, por exemplo, a justiça comunitária ou outras formas menos convencionais de garantia ao acesso à justiça, que serão estudadas em capítulo próprio.

Nos itens a seguir serão verificados alguns estudos acerca da possibilidade de abrir mão de uma prática monista, rígida e positivada, para dar início à manifestações jurídicas mais abertas, flexíveis, que não precisam necessariamente ser paralelas ao Estado para tornarem-se mais humanas, mas que podem ter o apoio dele para, em conjunto com os mais diversos setores da sociedade, garantir o acesso à justiça. É o estudo do pluralismo jurídico e suas consequências, que será feito a partir de análises históricas sobre os primeiros indícios no Brasil.

1.3 PLURALISMO JURÍDICO: NOÇÕES GERAIS E ANÁLISE HISTÓRICA

A crise do modelo jurídico estatal é identificada, segundo Antunes (2010, p. 241/242), como liberal individualista. Ela conduz à reflexão sobre experiências que aproximam os conceitos de pluralismo jurídico e acesso à justiça.

O pluralismo surge como uma vertente teórica, perpetrada por além das considerações da teoria jurídica crítica, que evidencia a necessidade de rompimento com o paradigma positivista, ou seja, aquele direito que tem como autor o Estado, como aplicador também o Estado, como fiscalizador, obviamente, o mesmo Estado. (ANTUNES, 2008)

Ele emerge, segundo Antunes, como uma vertente teórica, objetivando fazer constatações acerca da teoria jurídica crítica, evidenciando também a busca por uma ruptura com o paradigma positivista, buscando novas práticas de aplicação do direito. (ANTUNES, 2008, p. 18)

Não é diferente o entendimento de Correias, que analisa o pluralismo como um fenômeno capaz de fazer coexistir no mesmo tempo e no mesmo território, mais do que um único sistema, senão vejamos:

o fenômeno de coexistência no tempo e no mesmo território, de dois ou mais sistemas normativos eficazes. (CORREAS, 1996, p. 91)

Doutrinadores estrangeiros, por seu turno, como por exemplo Gurvith, citado por Moraes destaca que o pluralismo jurídico é uma doutrina que adota a tese pela qual o poder jurídico não residem apenas no Estado, mas em “entes” diferentes e independentes desse Estado. O autor destaca que

o direito do Estado não é o único direito existente, mas existem numerosos ordenamentos jurídicos diferentes e independentes do Estado; a lei do Estado não é a única nem a principal fonte do direito, mas unicamente uma destas fontes e nem sequer a principal (GURVITCH, apud MORAIS, 1997, p. 40)

Para Silva Santos (2006) há uma gama de novos sujeitos de direitos e também de novos sujeitos coletivos, com o surgimento de direitos insurgentes, diferentes daqueles tutelados pelo Estado

Wolkmer considera a existência de novos e antigos movimentos sociais, sendo esses últimos distintos dos primeiros, em virtude de que são interclassistas e possuem autonomia frente ao Estado. São considerados, assim, movimentos cujos sujeitos buscam reivindicações pluralistas, que assume uma postura que nega o domínio tradicional e o autoritarismo do Estado. (WOLKMER, 2001)

Conclui Bensusan que o pluralismo deve existir para que haja um regime jurídico que tutela os conhecimentos tradicionais, conforme segue:

A criação de um regime jurídico verdadeiramente *sui generis* e apropriado para a proteção dos conhecimentos tradicionais associados deve se basear nas concepções do pluralismo jurídico e no reconhecimento da diversidade jurídica existente nas sociedades tradicionais, expressão da sua diversidade cultural. (BENSUSAN, 2008, p. 174)

Sendo assim, a seguir será realizada uma busca pela compreensão do novo paradigma, qual seja, o pluralismo jurídico, a partir de experiências que intensificaram o movimento em prol de uma justiça menos formal e no entanto mais efetiva no Brasil.

1.3.1 O direito de pasárgada de Boaventura de Sousa Santos

Para auxiliar na compreensão do estudo do pluralismo jurídico no Brasil, mostra-se indispensável mencionar o “Direito de Pasárgada” de Boaventura de Sousa Santos.

Em meados da década de 70, o sociólogo Boaventura de Sousa Santos aventurou-se na periferia do Rio de Janeiro, cujo local ousou chamar “Pasárgada”, com objetivo de retomar a tradição do pluralismo jurídico e defender sua tese de doutorado, o que aconteceu em 1973.

Os moradores da favela, em sua maioria com renda obtida através do crime, ficavam impedidos de buscar tutela jurisdicional do Estado,

uma vez que era justamente o Estado o seu pior inimigo. Além disso, de acordo com Carvalho (2010, p. 16) “conheciam bem a tradição repressora dos policiais e esbarravam nos obstáculos econômicos, sociais e culturais ao acesso à justiça”.

Boaventura reivindicava a busca por uma paradigma que substituísse aquele que dominava o sistema da época, que prezava pelo conhecimento científico, desprezando o senso comum e outros fatores externos. (RIBAS, 2009)

A solução seria a resolução de conflitos por uma esfera que não fosse a estatal, cujas decisões teriam eficácia entre os moradores da favela, com força vinculativa a eles.

Todas as negociações realizadas na “Pasárgada” eram realizadas de forma irregular, já que a compra, a venda, os arrendamentos de terrenos não poderiam passar pelo crivo do poder judiciário, criando assim uma espécie de poder paralelo. A isso Boaventura denominava de pluralismo jurídico. (ALVES, 2011)

Boaventura caracteriza o direito de pasárgada como um direito não oficial, menos técnico e burocrático que o direito estatal, que segue um modelo de mediação, de cooperação e participação. De acordo com o autor,

a idéia de pluralismo jurídico, central para a antropologia jurídica dos anos 60 e 70, questiona as assunções básicas da teoria política e da jurisprudência liberais, especialmente no que diz respeito à congruência entre o território, o Estado e o direito. Ao trazermos para primeiro plano a coexistência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos no seio de uma unidade política única (...) o pluralismo jurídico questiona a centralidade do direito elaborado pelo Estado(...). (SOUSA SANTOS, 2003, p. 467)

A favela investigada por Boaventura demonstrava com nitidez o antagonismo entre o direito oficial e o direito não-estatal. No entanto, este último mostrava-se tão eficaz quanto àquele, senão melhor, já que os direitos ali surgidos atendiam ao real interesse da população.

Mas, afinal, qual foi a pretensão de Boaventura de Sousa Santos, ao aventurar-se pela favela carioca? De acordo com Ribas,

O sociólogo português considerava na época que “só um regime democrático com um apoio de classe estável – inexistente na América Latina – podia permitir que se ensinasse a classe oprimida a utilizar o direito como arma de defesa, sem com isso abalar os princípios institucionais de dominação de classe e de poder do Estado”.

Para o autor, o monopólio nunca foi do Estado, mas do povo. O que acontecia era que existiam esferas diferentes de poder, entre elas aquela evidenciada na favela do Rio de Janeiro.

Alves (2011) expôs, quando da publicação dos anais do evento FORMECO/Sergipe, que na obra “O Discurso e o Poder”, de Boaventura de Sousa Santos, referido autor explorou o conceito de pluralismo jurídico, destacando que o Direito de Pasárgada e o Direito Estatal são antagônicos, o que causaria a criação de mais um direito.

Desta forma, Sousa Santos consideraria, em alguns casos, a existência de um Direito Tradicional juntamente com um Direito revolucionário, pois ainda que tenha ocorrido uma Revolução social, persistem resquícios do “antigo” direito. Situação similar ocorre em populações nativas, quando não dizimadas, sofrem a dominação do direito externo, mas sem se desvincular totalmente desse direito tradicional que lhes pertencia.

Nesse sentido, o pluralismo seria a fundição dos poderes. A diferença ilustrada por Alves no que se refere ao direito estatal e o direito de pasárgada, é que neste, são utilizados como instrumentos retóricos: provérbios, máximas, referências bíblicas, enquanto naquele, ao contrário, predomina-se o discurso escrito, formal, profissionalizado, técnico, através de uma linguagem popular (ALVES, 2011, [s/p]).

1.3.2 Pluralismo jurídico no Brasil

As experiências relatadas no item anterior foram importantes para o desenvolvimento do pluralismo jurídico no Brasil. No entanto, não apenas aquela experiência torna decisivo o estudo do assunto no país.

Sendo assim, neste item, abordar-se-á sobre a pluralidade brasileira nos mais diversos fatores, para concluir-se se há necessidade de haver um pluralismo jurídico. No item seguinte, no entanto, é que se fará a inserção, no presente trabalho, das manifestações do principal doutrinador brasileiro acerca do tema, qual seja, o Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer.

O Brasil é um país multicultural, multiétnico e com valores coletivos diversos, recebendo por isso a conotação de pluralista. Para um país pluralista, o direito não poderia ser concebido de forma diferente. Ele requer a multiplicidade de sujeitos, formando diversas formas jurídicas.

Em um país de diversas culturas, a cultura jurídica também deve se pautar em diversidade. Há que se atender às necessidades básicas de seu povo, com a possibilidade de inclusão, na esfera legislativa, de sujeitos coletivos.

As mais variadas necessidades da sociedade brasileira, o sistema econômico, o sistema capitalista, a má distribuição de renda, entre outros fatores, geram movimentações sociais que acabam por formar o pluralismo jurídico. (GRIBOGGI, 2011),

E são exatamente essas novas e diferentes forças sociais que fazem gerar práticas normativas autônomas, que podem ser reconhecidas ou não pelo Estado. (WOLKMER, 2011)

Como o pluralismo não é uma teoria nova, há que se salientar que seu ressurgimento no ocidente é um fenômeno inédito. De acordo com Antas, ele difere do antigo pluralismo medieval. Trata-se da “capacidade das corporações transnacionais e das organizações sociais bem estruturadas de criarem novas juridicidades” que possam influenciar, de alguma forma, cidadãos de um mesmo espaço geográfico. (ANTAS JR., 2001)

Silva Santos (2006) acredita que a sociedade é mutável, historicamente, e esta divisão entre os direitos oficiais e direitos oficiosos “mostra claramente uma realidade que está por baixo de uma superestrutura jurídica oficial”, mantedora de grupos que “detêm o poder e impede o desenvolvimento real da democracia” (SILVA SANTOS, 2006)

1.3.3 O Pluralismo Jurídico por Antonio Carlos Wolkmer

O presente item tratará das conceituações trazidas por Antonio Carlos Wolkmer no que se refere ao pluralismo, em virtude de que, além de ser a teoria de base da presente pesquisa, o autor acima aludido trata-se do maior destaque doutrinário sobre o tema não apenas no Brasil, mas também na América Latina.

Foi a partir da necessidade de estruturar novas formas de legitimação em uma sociedade capitalista, marcada por um modelo saturado de representação liberal, que se buscou alcançar um paradigma que não estivesse alicerçado no monismo jurídico, mas que o afrontasse, garantida novas formas de produção legislativa. (WOLKMER, 2001)

A nova produção legislativa, então, deve ser buscada a partir de técnicas de interação entre aqueles que a moderna doutrina chama de “novos autores sociais”. Esses atores aparecem com a divisão espaços públicos, ressaltando suas diferenças, buscando a diversidade. Assim, Wolkmer destaca que a busca pelo pluralismo acaba sendo uma tentativa de busca por outra direção, outro referencial epistemológico, que será diferente, justamente porque as pessoas e as relações de hoje são diferentes. (WOLKMER, 2001)

As novas práticas, como será visto no item a seguir, podem se dar a partir de instruções estatais ou fora delas, tornando-se práticas comunitárias ou práticas semi-institucionalizadas, dependendo do nível de relação que possuir com o Estado.

Mas antes disto, é necessário saber mais sobre as conceituações do pluralismo. Para Wolkmer, em relação à compreensão filosófica sobre o assunto, pode-se dizer que a vida humana é marcada pela diversidade. Nesse sentido, o pluralismo provém dos horizontes sociais e econômicos diversos e também das diferentes situações culturais e de vida. (WOLKMER, 2001)

No campo sociológico e político, o pluralismo será visto como estratégia para descentralizar do monismo social e da soberania estatal, consolidando-se através da ampliação do papel das associações de profissionais e das classes, por exemplo. O pluralismo político realça a existência de novos autores, através de blocos sociais organizados, que podem andar junto com o pluralismo econômico e ideológico. (WOLKMER, 2001)

No entanto, para chegar ao fim deste trabalho, é necessário analisar as conceituações de Antonio Carlos Wolkmer sobre uma espécie de pluralismo jurídico que não busca se contrapor ao Estado, mas escorar-se nele para garantir o acesso à justiça em atenção às regras estatais, mas buscando estratégias mais céleres e menos onerosas.

Desta forma, é imprescindível que se busque as estratégias elencadas por Wolkmer no livro “Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito” (2001, Alfa-Omega), acerca das novas fontes de produção jurídica, que é o que se fará a seguir.

1.3.4 A pluralidade alternativa no interior do direito oficial x práticas alternativas no espaço do direito não-oficial

No período denominado por Wolkmer de liberal burguês ocidental, a produção legislativa e também as práticas de aplicação da justiça forma dominada pelo Estado. Havia uma espécie de ciclo, onde à medida em que o Estado agia com maior intervenção, mais ele precisaria fazer-se valer de mecanismos para continuar a interferir na vida da população. (WOLKMER, 2001)

No entanto, apesar do controle exercido pelo Estado, não era possível que ele conseguisse regular, de forma satisfatória, os fenômenos informais, não-estatais, surgindo então uma pluralidade de níveis autônomos e semi-autônomos de instâncias legislativas e jurisdicionais. (WOLKMER, 2001)

Wolkmer alerta que os procedimentos societários não-estatais e que buscam a resolução consensual de conflitos podem ser até mais justos e autênticos que o Estatal. (WOLKMER, 2001)

Pode-se denominar de alternativas as práticas descentralizadas de setores marginalizados e reprimidos, que produzem auto-regulamentação, à margem do Estado. Nesse sentido, Wolkmer explica que a conceituação de “alternativo” traz a conotação de variação de juridicidade, distinta daquela idealizada pelo Estado. (WOLKMER, 2001)

A dinâmica pluralista do direito, aqui entendida como aquela que busca outros autores de produção legislativa, foi vista há algumas

décadas em países como Estados Unidos e França. Nos referidos países, havia práticas com menos intervenção estatal e maior organização da sociedade civil. (WOLKMER, 2001)

Wolkmer (2001) relata que a crise paradigmática nada mais é do que uma crise de eficácia da hegemonia estatal na periferia. A auto regulamentação na periferia, então, tem seu espaço aumentado em virtude da implementação de práticas pluralistas.

O autor (Wolkmer, 2001), destaca a possibilidade de existência de práticas pluralistas alternativas surgidas no interior da ordem jurídico-estatal oficial e também dessas práticas surgidas à margem da juridicidade posta pelo Estado. (285)

De acordo com Ribas,

Entende-se que o direito estatal é o que oficialmente regula as relações sociais. As manifestações jurídicas em uma determinada sociedade são plurais. O direito insurgente é que efetivamente determina essas relações, que constituem a sua própria matriz, isto é, este direito é considerado como a própria prática de movimentos populares na resistência e na proposição de uma outra cultura jurídica, contraposta ao monismo, ao formalismo, ao positivismo jurídico e ao capitalismo. (RIBAS, 2009, p.19)

O modelo tradicionalmente seguindo para resolver um litígio é aquele em que os órgãos oficiais do Estado são os únicos competentes para tal ação. Ainda que se adote este modelo centralizador, o Estado não consegue erradicar a regularização informal, “proveniente de outros grupos sociais não-estatais”. (Wolkmer, 2001, p. 286)

A auto-regulamentação societária faz eclodir a busca por novas formas de regulação civil. A “justiça informal” e suas variáveis são fruto das transformações vivenciadas pelo Estado, que necessita ser receptivo às novidades, dando a elas a atenção necessária para resolver conflitos surgidos. (WOLKMER, 2001)

No caso de países como o Brasil, o cenário muda um pouco. É necessário haver uma democratização do Estado, através da formação de

uma cidadania coletivo-participativa, que busque a descentralização e também o avanço da sociedade. Nesse passo, o que se busca não é apenas mecanismos formais de resolução, mas também, e talvez principalmente, é a garantia dos direitos já existentes que não possuem eficácia ou que não foram devidamente regulamentados. (WOLKMER, 2001)

Frente às informações até então trazidas, percebe-se que, embora haja um direito calcado na cultura monista, cujo Estado é único e hegemônico, há também, à margem da produção estatal, um direito informal, que pode ser tanto o do negro, como o do índio, como o do camponês, entre outros.

Além desses dois, há ainda um direito mais alternativo, porém amparado pelo Estado, que visa atender aos interesses dos novos sujeitos, mas em parceria com as novas sociedades. A identificação desse terceiro modo, como já ventilado, será decisivo na conclusão desta pesquisa.

Wolkmer destaca a importância do estudo do direito não-estatal, uma vez que os procedimentos alternativos podem contribuir para uma política de administração da justiça. Observa-se a crise de fundamentos do paradigma jurídico dogmático, onde o Estado não é mais hegemônico, havendo outras formas de manifestação legal, extralegal e informal. (WOLKMER, 2001)

É em virtude dessa nova configuração jurídico-social que surgem duas vertentes para esta nova produção jurídica: as práticas institucionais de produção alternativa, dentro do direito positivo oficial do Estado e as práticas não institucionalizadas de produção alternativa, fora do direito estatal positivado. (WOLKMER, 2001).

Silva Santos (2006) destaca,

No Brasil, em virtude da ineficácia das instâncias jurisdicionais oficiais do Estado, se procurou envidar o esforço necessário para implementar um sistema constituído pelos Juizados informais de conciliação e arbitragem. Tal medida apresentou como características essenciais, a flexibilidade, a plasticidade, a informalização, e a agilidade dos seus procedimentos práticos, propiciando

condições melhores de garantir a operacionalização de formas extrajudiciais de resolução de conflitos e de acesso à Justiça pelos setores menos privilegiados, enfim, das grandes parcelas da população. Nesse sentido, pode-se dizer que existem outros níveis de instâncias legislativas e jurisdicionais que, embora não-estatais, podem ser consideradas autênticas e justas.

Wolkmer (2001) chama essa prática não-estatal de “alternativa”, baseada fundamentalmente nos movimentos dos setores oprimidos e marginalizados. Deve-se observar, porém, que a expressão “alternativo/alternativa” não sugere a exclusão ao método convencional, mas a inclusão de novos métodos. Tratam-se de procedimentos não-estatais, que envolvem padrões de conduta normativos e a resolução de conflitos de forma consensual, que podem ser articulados pelos mais diversos setores sociais, mas com a validade de decisão estatal, que pode ser, como já mencionado, inclusive mais justa que uma sentença, pois foi feita a partir da vontade das partes. (WOLKMER, 2001)

Trata-se da substituição da regulamentação tradicional oficial por processos implementados pela sociedade não-estatal. É uma dinâmica pluralista, de desregulação estatal, de organização societária, de criação espontânea do direito.

Silva Santos (2006) destaca

Esta direção tomada pelos movimentos sociais, manifesta-se como um processo de ruptura com toda a herança política recebida, abrindo novos espaços e soluções alternativas, que questionaram, na base, o paradigma cultural dominante de cunho monista, liberal-burguês. De fato, há um verdadeiro questionamento das estruturas conservadoras de poder e da cultura jurídica de característica elitista, antipopular, autoritária e corporativista. Os movimentos sociais assumem um novo papel de viés revolucionário, em face da crise de representação política, abrindo outros horizontes alternativos na luta pela afirmação e reconhecimento das novas identidades assumidas por estes atores sociais.

Frente ao dualismo observado, onde o Estado legislador divide espaço com as produções extra-oficiais de jurisdição, Wolkmer visualiza duas estratégias direcionadas à produção legal insurgente. A primeira, diz respeito às práticas ou mecanismos legais institucionais de produção alternativa existentes dentro do direito oficializado. A segunda, práticas ou mecanismos legais não-institucionalizados de produção alternativa, à margem do direito oficial estatal.

Há que ser observada o ensinamento de Verás Neto:

Desse modo, de acordo com Wolkmer (2001), o pluralismo tipificado, caracterizado como certo direito espontâneo popular, não está isento de manipulações do poder instituído, podendo, por manobra do sistema capitalista, de sistemas totalitários, ou de juristas comprometidos, com a ordem do *status quo*, assumir a transparência, de uma não oficialidade pseudoinsurgente e paralegal, de cunho comunitário, quando em realidade, tem a função de esvaziar os conflitos, mascarar as genuínas expressões populares e reforçar o controle por parte do Direito oficial, em níveis de absorção, que permitem a recomposição, do próprio sistema dominante (VERÁS NETO, 2010).

Nesse linha, novos direitos são criados através da utilização de mecanismos de “institucionalização mínima”. Boaventura de Sousa Santos, citado por Wolkmer (2001), diz que esses mecanismos produziram uma inovação da política judiciária, resolvendo litígios de forma paralela ao Estado oficial.

A institucionalização mínima, reconhecida aqui como a produção legal quase que desvinculada do Estado, faz surgir transformações no Estado capitalista, através de um espaço público mais democrático. Trata-se, sem dúvida, da emergência de um pluralismo jurídico, que em diversas manifestações normativas não-estatal vem aparecendo cada vez mais. (WOLKMER, 2001)

Podem ser considerados como potencializadores da juridicidade alternativa inserida no direito positivado estatal a mobilização e a participação de movimentos sociais, previstos constitucionalmente no Brasil. Nesse sentido, para análise das formas alternativas

institucionalizadas, Wolkmer menciona a existência de produção normativa institucionalizada, através das convenções coletivas de trabalho, das ações coletivas; e a resolução de conflitos também de forma institucionalizada, como a conciliação, a mediação, a arbitragem, os juizados e ainda as práticas e usos alternativos do direito. (WOLKMER, 2001)

No campo desses procedimentos, anteriormente denominados “alternativos”, pode-se considerar a conciliação, mediação, arbitragem, entre outros, como uma resolução de conflitos institucionalizada. Essas formas serão tratadas nos próximos itens.

No entanto, não há como deixar de salientar que existem diversos movimentos criados por organizações populares, assessorias universitárias e outras entidades, que buscam desenvolver a prática de serviço de assistência judiciária.

No tópico a seguir serão abordados conceitos sobre o acesso à justiça, em especial sobre o tema da inserção do cidadão no meio jurídico no Brasil.

1.4 O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Neste item far-se-á uma breve análise sobre o histórico do acesso à justiça no Brasil, para posteriormente tratar de algumas menos convencionais de acesso à justiça, consideradas pluralistas.

A relação existente entre o assunto do presente item e os demais tópicos do trabalho diz respeito à possibilidade de garantir à população que seus direitos sejam garantidos, buscando estratégias que não apenas aquelas oferecidas pelo Estado através do Poder Judiciário, mas através de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

1.4.1 Parâmetros para definição da expressão “acesso à justiça”

A análise história do acesso à justiça requer o estudo sobre a conceituação de tal expressão. O termo “acesso à justiça” é mais abrangente do que se imagina. Isso porque não se pode imaginar tal

expressão como a simples possibilidade de ingressar com uma demanda na esfera judicial. O “acesso à justiça” é muito mais do que isso.

Cappelletti e Garth ensinam:

O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 13)

Rodrigues considera essencial compreender a expressão “acesso à justiça” ao menos por duas formas diferentes. A primeira, diz respeito à possibilidade de ingressar no poder judiciário, enquanto a segunda trata dos direitos fundamentais da pessoa, que vai muito além do acesso ao poder judiciário anteriormente visto. (RODRIGUES, 1994). Em razão desta e de outras lições, é que se fará, a seguir, uma análise sobre o acesso à justiça.

Até pouco tempo a expressão acesso à justiça era entendida como acesso aos tribunais. Isso porque tanto a atual constituição brasileira como as mais antigas asseguravam a inafastabilidade do controle jurisdicional e a garantia da via judiciária. Essa última, porém, não restringia-se a garantir a isenção das custas, mas a garantia de que, independente da classe econômica, todos teriam direito a garantir seus direitos. (NALINI, 2011)

1.4.2 Análise histórica do acesso à justiça no Brasil

Nos estados liberais “burgueses” dos séculos passados, a resolução de litígios deveria obedecer à filosofia individualista de que apenas o Estado poderia intervir enquanto solucionador de conflitos. O acesso à justiça, embora fosse considerado um “direito natural”, só poderia ser alcançada através de uma ação do Estado para sua proteção. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 10)

Além disso, o acesso à justiça dependia de uma capacidade que não era a jurídica, mas sim a financeira, já que a justiça só poderia ser obtida por aqueles que possuísem condições de arcar com seus elevados custos.

Com o crescimento dos estudos acerca dos direitos humanos, com auge a partir da Constituição Francesa de 1946, uma nova gama de direitos são trazidos ao povo, nascendo assim um novo conceito sobre o acesso à justiça, podendo inclusive ser “encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 10)

O direito de acesso à justiça no Brasil surgiu em virtude do movimento que buscava efetivar os direitos e garantias fundamentais do ser humano, mormente após os estragos deixados pela segunda grande Guerra, em busca pela preservação da espécie humana. (ANONNI, 2011)

Sua evolução, no entanto, teve início em 1930, a partir da fundação da OAB. Ainda assim, a evolução foi lenta, em virtude de que encontrava barreiras no sistema de governo da época, qual seja, a ditadura varguista, que não permitia amplo acesso ao cidadão. (ALVES; PIMENTA, 2004)

Além do Código de Processo Civil de 1939, que previa o benefício da assistência judiciária, a Constituição de 1946 trouxe direitos sociais de grande importância. (MARCACINI, 1996)

Foi pela preocupação em dar vigor aos direitos que já existiam no Brasil que o movimento do direito de acesso à justiça, trouxe nova roupagem na luta pelos ideais acima preconizados. Anonni destaca que o movimento trouxe “à lista de exigências a imprescindível necessidade em se reconhecer o direito de acesso à justiça em sentido lato”. Quer dizer que deveria se reconhecer aquele direito que pode abarcar todas as garantias, tanto na ordem judicial como na extrajudicial, sem precisar recorrer ao Poder Judiciário. (ANONNI, 2011)

Sobre o movimento de acesso à justiça, indispensável tratar das “ondas renovatórias” dos doutrinadores Cappelletti e Garth, o que será feito a seguir.

1.4.3 As “ondas” do movimento pelo acesso à justiça

A obra de Cappelletti e Garth tem sido utilizada por grande parte da doutrina como base para a elaboração de qualquer estudo sobre o acesso à justiça.

A presente pesquisa abordará o acesso à justiça sob esse mesmo enfoque, a partir das “ondas” do movimento do acesso à justiça previsto pelos escritores já mencionados.

Nos séculos XVIII e XIX, a solução dos litígios demonstrava o individualismo jurídico, onde o acesso à justiça significava apenas o direito de ingressar ou responder a uma ação.

A forma de ingresso, o pagamento das custas, a contratação de um profissional habilitado para o ingresso junto ao Poder Judiciário não eram problemas do Estado. Assim, apenas a elite, de fato, poderia efetivar seu direito a ter direitos.

A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-los eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

Contudo, com a ampliação do conceito de direitos humanos e o caráter coletivo das ações, o modelo individualista vai perdendo fôlego.

Tornou-se lugar comum observar que a *atuação positiva* do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos.

Cappelletti & Garth encontram alguns obstáculos ao acesso à justiça, entre os quais citam a onerosidade das custas judiciais, a demora na prestação jurisdicional, a hipossuficiência inclusive intelectual dos possíveis litigantes, o excesso de formalismo e procedimentos complicados, etc. (CAPPELLETTI: GARTH, 1988)

Em virtude dos problemas aludidos, sugerem algumas soluções para efetivar o acesso à justiça. Afirmam que o movimento de acesso à justiça pode ser concebido através de “ondas”, quais sejam:

1ª onda: assistência judiciária;

2ª onda: representação jurídica para os interesses difusos;

3ª onda: enfoque de acesso à justiça.

A primeira onda de acesso à justiça, voltada à assistência judiciária, prevê a existência de três importantes modelos jurídicos voltados à assistência aos indivíduos de baixa renda, entre os quais estão o “sistema judicare”, o “advogado remunerado pelos cofres públicos” e ainda a combinação dos dois sistemas anteriores.

A segunda onda busca a justiça de interesses públicos, através da representação de direitos coletivos através de ações de sociedades de classe e de interesse público.

A terceira onda, de acordo com Cappelletti e Garth (1988, p. 67), visa ampliar a concepção de acesso à justiça, dando-lhe um novo olhar. Ela “inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além”.

Esse novo modelo pretende analisar as peculiaridades de cada caso, direcionando-os a métodos mais eficazes ao tipo de conflito existente, como se fosse especializar a resolução de conflitos.

Em uma terceira dimensão, esse novo enfoque sobre o acesso à justiça (terceira onda renovatória do acesso à justiça) propõe um amplo e moderno programa e reformas do sistema processual, que se viabilizaria por intermédio: a) da criação de meios alternativos de solução de conflitos (substitutivos jurisdicionais, equivalentes jurisdicionais), tais como alguns já implantados no Brasil (arbitragem, a tomada pelos órgãos públicos ledigimdos às ações coletivas do compromisso de ajustamento de condutas às exigências legais etc.); b) da implantação de tutelas jurisdicionais diferenciadas (podemos citar, no Brasil, a antecipação dos efeitos da tutela

jurisdicional pretendida; os juizados especiais; o procedimento monitório, etc); c) de reformas pontuais no sistema processual, a fim de torná-lo mais ágil, eficiente e justo. (ALMEIDA, 2007, p. 24)

Para atingir tal objetivo, Cappelletti e Garth, sugeriram reformas nos tribunais, envolvendo a criação de alternativas como procedimentos mais informais:

Os reformadores estão utilizando, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais. Essas técnicas, é preciso que se diga, podem ser obrigatórias para algumas ou todas as demandas, ou podem tornar-se disponíveis como opção para as partes. (p. 81)

Desta forma, o capítulo a seguir tratará especificamente de algumas técnicas menos informais, seja extra ou endoprocessuais, para facilitar o acesso à justiça.

2 OS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

O presente capítulo visa tratar dos equivalentes jurisdicionais, entendidos como formas de solução de conflitos que não envolvem a jurisdição. Eles tutelam direitos, já que resolvem conflitos sem a necessidade de submissão ao Poder Judiciário.

Nos dias atuais, utiliza-se a expressão equivalentes jurisdicionais para designar os mecanismos que conduzem as partes conflitantes a uma composição amistosa, através das próprias partes, com o auxílio de um terceiro imparcial, denominado conciliador. (TARTUCE, 2008)

Carnellutti desenvolveu uma noção para os equivalentes jurisdicionais, entendendo-os como certos atos, que mesmo sem determinado interesse do Estado, contam com idoneidade e visam atingir o mesmo objetivo da jurisdição (apud TARTUCE, 2008)

Nada impede que os conflitos submetidos aos equivalentes jurisdicionais ou os conflitos por eles resolvidos possam ser apreciados, posteriormente, também pelo Estado, mas em geral não há tal necessidade.

Diversas novas formas de resolver conflitos por vias alternativas vêm reforçando a idéia de equivalência entre o Estado (jurisdição) e estes métodos (equivalentes jurisdicionais). O interessante em relação ao assunto é a busca pela pacificação de pessoas e grupos, no sentido de resolver conflitos. (DINAMARCO, 2002)

Atualmente, diversas espécies de mecanismos de resolução que eram consideradas extraprocessuais e portanto tipicamente equivalentes da jurisdição, foram inseridas no texto legal, de forma a serem utilizadas durante um processo judicial, como a conciliação, por exemplo.

Ainda assim, o método acima citado será analisado como um equivalente jurisdicional, assim como a negociação, a mediação e a arbitragem, embora passível de contradição doutrinária, entre outros métodos.

No entanto, para adentrar no estudo dos equivalentes jurisdicionais, necessário se faz analisar, primeiramente, o histórico da jurisdição.

2.1 A JURISDIÇÃO: BREVE HISTÓRICO

Jurisdição, modernamente, nas palavras de Silva (1996, p. 16), “consiste no poder de atuar o direito objetivo, que o próprio Estado elaborou, compondo os conflitos de interesses e dessa forma resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei”.

No entanto, em civilizações mais remotas, o direito vinha de Deus e não do Estado. A lei era, no máximo, interpretada pelos representantes da Igreja e não tinha uma forma determinada, era abstrata, que servia apenas para regular a conduta dos homens que temiam a Deus.

Essa última forma de “fazer direito”, portanto, não poderia ser chamada ou confundida com a jurisdição. De acordo com Tavares (1998),

A verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos, e passando a ser um poder mais acentuado de controle social.

A defesa privada era utilizada, sendo que, conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, inexistia um estado preparado para superar os problemas individuais dos homens. Desta forma, não havia como o órgão estatal impedir que um homem obtivesse, por sua força e vontade, a solução de um conflito.

Ouvídio Baptista (2006, p. 15-16) arremata,

[...] Mais tarde, e à medida em que o Estado foi-se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante invasão de sua antes indiscriminada esfera de liberdade, nasceu, também gradativamente, a sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos.

Com o surgimento do sistema feudal, na Idade Média, os institutos jurisdicionais se desenvolveram, por causa da Igreja Católica. Com o absolutismo monárquico, porém, de acordo com Tornaghi (1987, p. 100),

toda a jurisdição pertenceu aos reis ou a seus delegados (justiça regalista). Multiplicaram-se as jurisdições de exceção e o poder de julgar continuou confundido com o de legislar e o de administrar, e, mais propriamente, reduzido a mero poder de polícia.

Enfim, foi a partir de Montesquieu, com a tripartição de poderes, que o Poder Judiciário passou a monopolizar o exercício da Jurisdição, muito próximo do que se verifica hoje. (Tavares, 1998)

Partindo das ideais acima, já é possível identificar o que é e como funciona a jurisdição. Esta forma, monista, prevê que apenas o Estado pode “dizer o direito”, conforme será visto a seguir.

2.2 O PODER JUDICIÁRIO COMO SUJEITO EMANADOR OFICIAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Entender o Poder Judiciário como sujeito emanador tradicional de respostas aos conflitos não significa dizer que por este órgão não seja possível chegar ao fim de um litígio através da conciliação ou outro método de composição. O próprio Estado, através de leis como a do Juizado Especial e dos Procedimentos Extrajudiciais, bem como dos Projetos de Mediação Familiar, por exemplo, buscam alternativas para solucionar problemas jurídicos.

Mendonça (2004) destaca:

A jurisdição estatal é o meio institucional mais utilizado na contemporaneidade para se buscar a resolução de conflitos. O poder Judiciário busca cumprir um dos pressupostos do Estado Moderno, a paz social. A doutrina reinante, como Cintra, Grinover e Dinamarco, vem dizer que “o Estado moderno exercer o seu poder para a solução de conflitos interindividuais.” (p. 92)

Através da sentença judicial, o Estado busca solucionar problemas de forma tradicional. Há outras formas, no entanto, que trazem ao cidadão o fim da discussão ou do litígio. A presente pesquisa adotará como nomenclatura para essas “outras formas” de resolução do

conflito, que não a sentença, a expressão “formas menos convencionais” ou “alternativas” de resolução de conflitos.

Tal explicação se torna necessária uma vez que a parte da doutrina utiliza a conciliação, mediação e arbitragem como “formas alternativas” de resolução de controvérsias. No entanto, uma vez que o Estado prevê o uso da conciliação e arbitragem, bem como o atual projeto de Código de Processo Civil traz a mediação inserida no procedimento civil, o uso do termo “alternativo” não pode conotar uma expressão paraestatal ou contrária às regras do Poder Judiciário. Assim, as expressões “alternativa” ou “menos convencionais” serão tratadas como sinônimas, mas não querem passar a idéia de serem contrárias ou antagônicas aos ideais do Estado.

É nesse sentido que pode-se mencionar que o pluralismo emerge com uma política hábil a resolver conflitos com menos burocracia, porém com mais eficácia. Para Antunes:

o pluralismo na teoria política designa descentralização do poder. Temos, desse modo, uma opção por modelos que se opõem ao poder concentrado nas mãos de um, de poucos ou de um grupo, pela compreensão de que da concentração facilmente decorrem abusos e arbitrariedades, contrárias a postulados democráticos. (ANTUNES, 2008, p. 21)

Cachapuz destaca que os métodos alternativos “contribuem para repensar a própria cultura, destacando entre eles a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem. (CACHAPUZ, 2006, p. 16)

Frente às explicações acima, os itens a seguir abordarão algumas formas “menos convencionais” de resolução de controvérsia, formas estas que demonstram a importância do pluralismo jurídico.

2.3 OS MECANISMOS MENOS CONVENCIONAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

É do poder judiciário o papel de resolver os conflitos existentes na sociedade. Porém, o aumento expressivo de ações judiciais, especialmente da última década, fez com que o judiciário passasse a se preocupar com técnicas alternativas para atender a esta demanda.

A dificuldade de acesso à justiça pode ser atribuída a diversos fatores, entre eles a morosidade na tramitação dos processos (LIMA FILHO)

É nesse contexto que surge o estudo sobre os equivalentes jurisdicionais, como proposta alternativa para a resolução dos conflitos, de forma a evitar a morosidade e o formalismo do moderno sistema judiciário.

Note-se que ao mesmo tempo em que a jurisdicionalização representou uma conquista histórica de garantia da imparcialidade, independência para o alcance da segurança jurídica e manutenção do estado de direito, ela não foi suficiente para dar vazão ao volume de litígios que afloram diariamente nos Juízos brasileiros.

O uso cada vez mais frequente de técnicas alternativas de resolução de conflitos tem feito com que a conciliação, mediação, negociação e arbitragem sejam difundidas entre a população, que passa a procurá-las como meios de resolução dos litígios que, tradicionalmente, têm sido decididos pelo judiciário.

Isso porque os equivalentes jurisdicionais são técnicas diferentes daquelas empregadas pelo órgão estatal. O Poder Judiciário, com sua estrutura atual, trata apenas superficialmente da conflitualidade social, dirimindo controvérsias, mas nem sempre resolvendo este conflito, o que faz com que as partes voltem ao Judiciário para resolver a próxima etapa do processo desgastante que iniciaram no judiciário. Na resolução de determinados litígios, em algumas situações é indispensável trazer à tona todos os aspectos que o envolvem, independentemente da observância restrita das informações e dos dados deduzidos na petição inicial e na contestação.

O litígio tem perdido espaço para as práticas não adversariais de resolução de conflitos, aplicando-se uma justiça co-existencial, que utiliza métodos cooperativos. (GARCEZ, 2004)

No Brasil, os métodos alternativos de resolução de conflitos vêm ganhando espaço como consequência da crise da administração da justiça. Nascem assim os conciliadores, mediadores, juízes leigos (juizado especial) e árbitros. Tais métodos visam à resolução prévia dos conflitos, voluntários ou compulsórios que, sendo resolvidos, auxiliarão no enxugamento do judiciário.

Porém, não apenas no Brasil é que se encontra estudo sobre tais métodos:

Os métodos alternativos e informais de solução de conflitos, empregados em larga escala nos Estados Unidos e em vários países da Europa, começaram a ser institucionalizados no Brasil com a criação dos Juizados de Pequenas Causas com o advento da Lei 7.244/84. (LIMA FILHO,)

Na cultura jurídica anglo-saxônica, encontra-se os ADRS, que na tradução são os Sistemas Alternativos de Solução de Conflitos que busca a resolução longe dos antagonismos clássicos existentes no poder judiciário. (GARCEZ, 2004)

Os métodos alternativos compreendem primeiro a negociação entre as partes, por ser mais radical e mais eficaz, para depois partir para métodos com a intervenção de terceiros, como a conciliação ou a arbitragem, por exemplo. (GARCEZ, 2004)

A partir do momento em que o povo percebe a abertura do poder judiciário, enquanto facilitador do acesso à justiça cabe ao Estado atender aos anseios da sociedade de forma a autorizar a utilização de formas alternativas de resolução de conflitos, como aquelas vistas anteriormente, surgindo assim a idéia do Pluralismo Jurídico.

Wolkmer (2002) destaca que os uso de técnicas alternativas são importantes não apenas porque evidenciam a transferência a ruptura com o velho sistema burguês-capitalista, mas também porque “favorece e cria certos mecanismos alternativos funcionalmente essenciais para o processo de equilíbrio e recomposição do próprio sistema”.

Quando se leva em consideração que a sociedade tem pluralidade de interesses, de culturas, de valores, também a resolução de seus conflitos deve ser aceita de maneira pluralista.

Reale afirma que o Direito, tal como a sociedade pluralista, deveria se desenvolver segundo experiências múltiplas e abertas, sem a necessidade de sujeição às leis do Estado. (REALE, 1984, pág. 52.)

Nesse sentido, entenderemos o Pluralismo Jurídico como um sistema de decisão complexa, considerando a interação do “jurídico” com outros campos do conhecimento e buscando, acima de tudo, a proteção aos direitos fundamentais de toda a sociedade.

Assim, ao falar em Pluralismo Jurídico, criam-se diversas alternativas de acesso à justiça, antes impossíveis. Wolkmer mostra o pluralismo jurídico como forma de permitir o acesso à justiça, aproximando o Direito dos anseios sociais, renascendo a idéia de Justiça plena. (WOLKMER, 2002)

Não apenas o Estado é que faz surgir o direito, mas também a sociedade é capaz de ser fonte de novos direitos, desde que nos limites oferecidos pelo poder estatal. A cultura jurídica brasileira baseia-se numa tradição monista, positivista, lógico-formal, que está em crise, pois há novas problemas e não existem novas soluções. (WOLKMER, 2002).

Buscar e permitir o acesso à justiça num sentido pluralista, envolverá por conseguinte que sejam aceitos os equivalentes jurisdicionais como meios de solução efetiva dos conflitos sociais.

Isso não significa deslegitimar o Poder Judiciário, ou diminuir-lhe o poder, mas dar-lhe formas aliadas de resolução de litígios, por conta das contínuas transformações sociais, que necessitam de mais que um único órgão a tutelar seus direitos.

Cappelletti e Garth ensinam que há nos mais diversos países tentativas de “melhorar e modernizar” os tribunais, de forma a estratégias que possibilitem reformas processuais que garantam um maior acesso à justiça.

Segundo os autores, nos Estados Unidos, por exemplo, o atual sistema de “neutralidade judicial” sofre críticas. Já na França, esforça-se

pela diminuição dos custos de uma demanda judicial. Já na Alemanha, briga-se por um procedimento mais oral e ativo sobre os fatos. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002)

A tutela diferenciada abrange os meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação, a negociação, a arbitragem, enfim, os equivalentes jurisdicionais. Estes se mostram importantes na busca por uma nova visão do acesso pleno à Justiça que não deve se resumir ao simples acesso ao Poder Judiciário.

É papel do Estado auxiliar na resolução de conflitos da sociedade. Não sendo possível para este garantir o acesso à justiça jurisdicionalizada, poderá então promover através de formas alternativas.

Cappelletti e Garth ressaltam a relevância dos métodos alternativos ao assinalar que “existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento”. E indica o uso de técnicas como o juízo arbitral e a conciliação como formas “mais simples” ou com “juizadores mais informais” (p. 81)

De acordo com Wolkmer (2002), destacam-se outras formas de resolução de conflitos como a mediação, conciliação, atribragem, além da “efetivação de outras instâncias reguladoras de conflitos”, como os juizados especiais, cíveis ou criminais.

Assim, são indispensáveis os equivalentes jurisdicionais na busca por solução rápida e menos conflituosa de grande parte dos problemas que tradicionalmente seriam buscados através do conflito jurídico.

Assim, não sendo apenas o Estado a única fonte de solução de conflitos, há possibilidade de se fazer uso, para dar solução às divergências, de métodos que CARNELUTTI denominou de “equivalentes jurisdicionais”.

Durço e Pinho (2008) discorrem sobre a evolução da jurisdição, apontando um modelo ideal da prestação jurisdicional, partindo da análise de modelos fictícios de juiz e jurisdição, que representam os Estados ocidentais modernos e pós modernos.

A evolução acima mencionada objetiva traçar associações entre os modelos de Estado e o modo como os conflitos são pacificados em cada modelo.

Didier Jr, citado por Durço e Pinho (2008), ensina que os equivalentes jurisdicionais são um reflexo do modelo de Estado sob o qual são exercidos. Desta forma, Durço e Pinho destacam que nas sociedades primitivas, vigorava a vingança privada; nos Estados despóticos, o Rei é que pacificava os conflitos; nos Estados liberais, a lei de mercado é que dita a regra; nos Estados Sociais, a pacificação vinha do Estado protecionista; e, por fim, nos Estados democráticos, “a pacificação dos conflitos deve ser legitimada por um discurso processual intersubjetivo além de reclamar, portanto, métodos outros que a estrita e fria atuação estatal por meio da atividade jurisdicional.” (DURÇO E PINHO, 2008)

Para compreender o papel dos equivalentes jurisdicionais no atual estágio do Estado brasileiro, bem como sua ligação necessária com a aplicação do paradigma juspluralista, necessário se faz algumas observações iniciais.

De acordo com Durço e Pinho (2008), “não se utiliza mais a dedução do direito a partir de uma “norma fundamental””. Da mesma forma, “não é possível nesse sistema aberto utilizar-se de um simples “silogismo subsuntivo” na aplicação do direito”. Para os autores, é necessário que o juiz recorra a outros métodos para se chegar a uma decisão ou solução razoável do conflito.

Busca-se, assim, uma participação maior das partes que compõem a relação processual, mormente pela adoção de estratégias menos convencionais, seja de autocomposição, seja de heterocomposição, mas que não necessitem de forma imediata da participação do juiz, que se chamam equivalentes jurisdicionais.

O Estado democrático, então, impõe e permite a utilização de métodos menos convencionais de solução de conflitos, buscando a pacificação do conflito por meio de mecanismos de diálogo compreensão e ampliação da cognição das partes sobre a ocorrência do conflito.

Desta forma, nos tópicos a seguir, serão trazidos alguns dos métodos alternativos de resolução de conflitos mais utilizados, ou seja, a

conciliação, a mediação e a arbitragem. No entanto, antes de adentrar nas conceituações pertinentes, interessante se faz falar um pouco acerca do método denominado “negociação”.

O método conhecido como negociação vem sendo reconhecido como uma estratégia psicológica no auxílio às partes na busca por uma resolução de conflitos. (GARCEZ, 2004).

Rubin e Brown (apud Garcez, 2004) identificaram mais de quinhentos estudos acerca do método referido, que buscavam examinar as variáveis psicológicas individuais e também as dinâmicas de psicologia em grupo.

Destaca-se que a negociação sempre dependerá das partes envolvidas para obter um resultado satisfatório, sendo que entre as estratégias estão a cooperação, a capacidade de superar a desconfiança, a animosidade, entre outros. (GARCEZ, 2004).

Ury e Fischer, pesquisadores da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, apontam em seu livro *Getting to Yes* (New York, Penguin Books, 1983) que o humor e a ironia, desde que em proporções boas, podem desmistificar uma postura formal e burocrática em uma negociação, trazendo resultados positivos na busca por um acordo. (GARCEZ, 2004)

Os autores acima destacam que os métodos de negociação, sejam quais forem, devem seguir três critérios, ou seja, produzir um acordo criterioso, ser eficiente, não piorar um relacionamento existente antes da negociação. (URY & FISCHER, apud GARCEZ, 2004).

Diversas são as técnicas e métodos utilizados para fazer uma negociação. No entanto, por não ser objeto específico deste trabalho, não serão abordadas exaustivamente. Não atingindo um resultado satisfatório através da negociação, há possibilidade de utilização dos equivalentes jurisdicionais a seguir apontados, quais sejam, a conciliação, a mediação ou a arbitragem.

2.3.1 A conciliação

Entre as formas autocompositivas de resolução de conflitos encontra-se a conciliação, amplamente difundida, como alternativa menos onerosa e mais célere.

Embora atualmente a conciliação seja utilizada na esfera processual, pode ser considerada um equivalente jurisdicional, uma vez que na esfera extraprocessual faz surtir resultados extraordinários no que se refere à resolução de conflitos.

A conciliação trata-se de uma forma autocompositiva de resolução de conflitos. De acordo com Santos (2004) é um método que “implica a participação de um terceiro, que não possui o poder de intervir na relação obrigacional e emitir declaração de vontade própria que vincule as partes”. A participação do terceiro (conciliador) é ativa, sugerindo propostas de acordo que busquem um acordo onde as partes sintam-se satisfeitas com a composição.

É um método autocompositivo, como já salientado, onde um profissional habilitado intervém, através de técnicas negociais, para auxiliar partes conflitantes na busca por um acordo. (VEZZULA, apud TARTUCE, 2008)

A intervenção do conciliador concentra-se no objeto da disputa. Ele busca o convencimento das partes para chegar a uma saída para o litígio existente, em busca de uma perspectiva de direito. Não é o conciliador, no entanto, que coloca fim à disputa, já que a vontade das partes será respeitada e somente ela poderá fazer com que o litígio seja resolvido. Ao profissional cabe apenas propor e encaminhar as soluções, deixando a solução às partes. (SANTOS, 2004)

Vezzula destaca que a conciliação deve ser utilizada para os casos onde o objeto da disputa seja exclusivamente material ou em situações em que se busca um acordo rápido. (VEZZULA, 2001, p. 17)

Como já salientado, o procedimento pode se dar de forma extra processual ou processual, esta última também chamada “endoprocessual”. Destaca Cachapuz que a conciliação deve ser buscada em alguma fase processual, caso contrário, poderá gerar cerceamento de defesa. (CACHAPUZ, 2006)

O legislador brasileiro preocupou-se em utilizar o método conciliatório no procedimento judicial. O Código de Processo Civil brasileiro dispõe sobre a conciliação em seus artigos 125, IV¹, 277², 331³ e 448⁴. A Justiça Comum prevê audiências conciliatórias não apenas pelo procedimento da Lei 9.099/95⁵ mas também em demandas que sejam submetidas ao rito ordinário. Já no âmbito da Justiça do Trabalho, que é referência no que se refere ao uso da tentativa de conciliação em todas as fases processuais, pode-se observar que nos arts. 625-A⁶ e 846⁷ da Consolidação das Leis do Trabalho, também há disposição sobre a conciliação.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ – já criou diversos projetos encorajando o uso do método, através de semanas de mutirão pela conciliação, programas como o “conciliar é legal”, entre outros, conforme será visto no capítulo 3.

2.3.2 A mediação

A mediação é um método autocompositivo de resolução de conflitos, onde as partes são auxiliadas por um terceiro neutro, o mediador, que busca uma composição amigável sobre o conflito existente. (AZEVEDO, 2004)

¹ Art. 125 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

² Art. 277 **Art. 277** - O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob a advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.

³ **Art. 331** - Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

⁴ **Art. 448** - Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo

⁵ A Lei 9.099/95 dispõe sobre os Juizados Especiais.

⁶ **Art. 625-A.** As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

⁷ **Art. 846** - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

Um primeiro olhar ao conceito acima fará perceber que é muito fácil confundir a mediação com a conciliação. Ambos os métodos prevêm a participação de um terceiro, que visa colaborar com as partes para que cheguem ao consenso. Também não é o mediador que dá o resultado da disputa, pois não tem papel de sentenciador.

Santos explica que não é a toa que se encontrem dificuldades para diferenciar os institutos da conciliação e mediação, já que existem muitas proximidades entre suas características. (2004, p. 19)

Ocorre que na mediação, o papel do terceiro difere daquele previsto na conciliação. Enquanto o conciliador é mais ativo, interferindo no mérito (embora proferir sentenças), na mediação a intervenção do terceiro busca fazer com que as partes entendam os problemas que vão além do simples conflito.

Santos arremata:

(...) o mediador não possui o poder de ditar decisões que vinculem as partes. Todas as decisões na mediação são estabelecidas atreves de acordo entre as partes. O mediador intervém de maneira a influenciar na tomada das decisões, sempre com o intuito de colaborar para que as partes possam construir uma decisão satisfatória para ambas. (Santos, 2004, p. 28)

Em relação à legislação brasileira, cabe salientar que o atual projeto de alteração do Código de Processo Civil insere a mediação como um mecanismo para solução de litígios.

Com a alteração da referida lei, de acordo com o art. 144 do projeto, os tribunais poderão criar setores de conciliação e mediação, com vistas a estimular a autocomposição. Veja-se:

Art. 144. Cada tribunal poderá criar setor de conciliação e mediação ou programas destinados a estimular a autocomposição.

O projeto também faz a distinção necessária a não confundir o papel do conciliador e do mediador. De acordo com o projeto

§ 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 2º O mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

Conforme já abordado, enquanto na conciliação há sugestão do conciliador sobre eventual acordo, na mediação há apenas o auxílio do terceiro, para que as partes resolvam, sozinhas, o seu conflito.

2.3.3 A Arbitragem

O fato de a arbitragem ser considerada ou não um equivalente jurisdicional é situação controvertida na doutrina brasileira. Isso porque há uma lei que discipline a arbitragem no Brasil, dando a impressão de que existe jurisdição nas sentenças arbitrais,

Na presente pesquisa, no entanto, a arbitragem será considerada, sem dúvida, um equivalente jurisdicional.

O procedimento da arbitragem é historicamente conhecido por diversas sociedades, sendo que na Grécia antiga já se utilizava o método para resolução de conflitos.

Também em Roma, mesmo após a queda do império, escolhia-se um árbitro para decidir um conflito existente entre dois ou mais cidadãos.

A arbitragem no Brasil segue as normas disciplinadas pela lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Cretella Junior conceitua a arbitragem como um sistema de julgamento cujo procedimento, técnica e princípios próprios, com força executória, em que duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, em litígio, estabelecem por via contratual que um terceiro resolverá a pendência havida entre elas, aceitando tal decisão. (CRETELLA JUNIOR, 1994, p. 128)

Esse procedimento é uma das formas mais antigas, senão a mais antiga, de resolver controvérsias. Rocha acredita que talvez tenha sido a arbitragem o precedente para criação de órgãos judiciários permanentes. No entanto, para o autor, a prática da arbitragem foi diminuindo sua importância, principalmente na época das codificações. Acredita, porém, que hoje assiste-se ao fenômeno inverso, senão vejamos:

Atualmente, todavia, assistimos a um fenômeno inverso, ou seja, ao ressurgimento da arbitragem, determinado, de um lado, pelas deficiências do poder judiciário e, de outro lado, pela hegemonia da ideologia liberal, que estimula o recurso ao sistema do mercado como mecanismo de regulação das ações sociais, inclusive das conflitivas. (Rocha, 2008, p. xiv)

Embora na arbitragem haja a solução do conflito através de uma sentença arbitral, ainda assim pode-se dizer que impera a autonomia da vontade dos conflitantes, uma vez que são eles que escolhem o árbitro, o procedimento adotado, o prazo final para prolação da sentença, entre outros critérios.

A arbitragem é uma forma de resolução de conflitos em que a decisão é dada por um terceiro, o árbitro, que é escolhido pelos conflitantes, cuja sentença vincula as partes, sendo seu cumprimento passível de execução no Poder Judiciário.

De acordo com Santos (2004, p. 24), é necessário lembrar que a escolha das partes pelo procedimento arbitral exclui o Poder Judiciário da apreciação do mérito do conflito

No entanto, uma sentença arbitral pode ser submetida ao Poder Judiciário para uma possível execução ou na necessidade de ingresso com ação para anulação da sentença arbitral, em caso de vício.

3 EQUIVALENTES JURISDICIONAIS E O PODER JUDICIÁRIO: UM EXERCÍCIO PLURALISTA DO DIREITO

O primeiro capítulo deste trabalho abordou os conceitos de pluralismo jurídico, entendendo-o como um paradigma que concebe o direito como espontâneo, popular, que pode sofrer influências do poder instituído, podendo assumir “a transparência, de uma não oficialidade pseudoinsurgente e paralegal, de cunho comunitário, quando em realidade”. Ainda, “tem a função de esvaziar os conflitos, mascarar as genuínas expressões populares e reforçar o controle por parte do Direito oficial”. (VÉRAS NETO, 2010, p. 152).

Além disso, abordou-s sobre o acesso à justiça, justificando que o monismo jurídico não mais está adequado à atual conjuntura jurídica, eis que passou por uma crise paradigmática. Nesse sentido, se propôs o uso do paradigma pluralista para atender com maior eficácia a prestação da justiça.

No segundo capítulo, abordou-se o conceito e espécies de equivalentes jurisdicionais, assim entendidos como técnicas não tradicionais de resolução de conflitos.

Sendo assim, neste último e derradeiro capítulo, será necessário identificar, de acordo com o problema estabelecido para esta pesquisa, se o Estado, através do Poder Judiciário, vem desenvolvendo projetos e programas que podem ser enquadrados naquilo que preconiza o paradigma pluralista.

Em virtude de que o marco teórico da pesquisa é o pluralismo jurídico, especialmente na doutrina de Antônio Carlos Wolkmer, serão abordados os tópicos a seguir especialmente com base no referido autor.

No entanto, antes de se abordar se a utilização dos equivalentes jurisdicionais podem ser caracterizados como mecanismos pluralistas, faz-se necessário analisar o que o Estado vem fazendo, no sentido de desinstitucionalizar e desburocratizar o acesso à justiça, resolvendo conflitos por vias alternativas.

Para tanto, serão observados neste capítulo alguns projetos de autoria do Conselho Nacional de Justiça, que utilizam os equivalentes jurisdicionais, bem como algumas leis que ampliaram a possibilidade de obtenção da tutela jurisdicional ou a resolução de conflitos de forma

extrajudicial de forma mais célere, para, ao final concluir se os equivalentes jurisdicionais e sua inserção nos projetos estatais estão preconizando a doutrina pluralista.

3.1 OS JUIZADOS ESPECIAIS

A Lei 9.099/95 instituiu os Juizados Especiais, estabelecendo-os como importante de acesso à justiça, já que possibilitada a busca rápida, eficiente e gratuita das soluções conflitivas. No âmbito da Justiça Federal, foi a lei 10.259/01 que implementou os Juizados Especiais.

O Juizado Especial Cível possui competência para conciliar, julgar e executar os litígios cujo valor não ultrapasse 40 salários mínimo, consideradas de menor complexibilidade ou as definidas pela lei 9.099, ou até 60 salários mínimos em se tratando de juizado especial federal. (BRASIL, Lei 9099/95)

A busca pelo acordo, já na audiência conciliatória, é característica relevante e positiva neste tipo de procedimento. Sendo o primeiro ato em que as partes se encontram no Poder Judiciário, é importantíssimo o desempenho do conciliador para chegar a um consenso entre as partes, resolvendo a lide sem necessidade de estender o processo por mais tempo.

No juizado especial criminal, há processamento e julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, assim entendidas como as contravenções penais, e os crimes com pena máxima de dois anos. (BRASIL, Lei 9.099/95)

A lei em comento é fruto de mandamento constitucional. A Constituição Federal estatuiu que a União e os Estados deveriam criar juizados especiais, competentes para a conciliar, julgar e executar as infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo. Com a promulgação da Lei 9099/95 as contravenções foram abarcadas, e os crimes com pena máxima de um ano e não sujeitos a rito especial do Código de Processo Penal ou leis extravagantes.

Sadel (2004) menciona as importantes inovações trazidas pela Lei 9.099/95, citando entre elas a tendência pela informalidade, o menor

legalismo, a participação da comunidade e a busca por mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Assim, percebe-se a preocupação do legislador em tornar mais célere a busca pela prestação jurisdicional, inclusive primando pela conciliação como etapa inicial nas ações que tramitam segundo as regras do juizado especial.

3.2 O PROCESSO ELETRÔNICO

Criado através da Emenda Constitucional 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça é um órgão que auxilia no controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, de acordo com o preconiza o art. 103-B, § 4º da Constituição Federal Brasileira.

Um dos principais objetivos do referido Conselho é atender ao princípio da celeridade processual e da razoável duração do processo, o que tem sido implementado pela utilização de programas e projetos que prevêm, entre outros, a informatização de todos os setores, a qualificação dos funcionários do poder judiciário, bem como a implantação da acessibilidade eletrônica, entre outros.

Nesse sentido, a resolução 90 do CNJ, em seu art. 7º,⁸ criou a informatização processual inclusive nas instâncias superiores, bem como instituiu os meios necessários ao completo e seguro desenvolvimento de um mecanismo que facilitasse o peticionamento, que pode, a partir de então, ser feito de forma eletrônica.

Abrão destaca que cabe ao CNJ “identificar os gargalos, monitorar os estrangulamentos e ditar medidas, que sirvam de receitas a serem observadas pelas instâncias do Poder Judiciário, não apenas no acesso profissional, tramitação, chaves de segurança, códigos, senhas, mas de todos os demais subsídios que catalisam a essência da lei 11419/2006 (ABRÃO, 2009 p. 108).

⁸ Dispõe sobre os requisitos de nivelamento de tecnologia da informação no âmbito do Poder Judiciário.

Santos (2010) destaca quais as vantagens e desvantagens do processo eletrônico:

Uma das grandes vantagens da virtualização processual é a redução do risco à falsificação dos documentos. (...) A preocupação com a segurança dos autos processuais sempre foi um das prioridades dos órgãos judiciais, visto que empresas de segurança são contratadas para a guarda dos arquivos físicos. Agora, a preocupação deverá continuar, embora converta-se na criação de sistemas mais seguros. (SANTOS, 2010, p 53)

De acordo com o autor, outra vantagem é a vista integral dos autos no momento em que desejar, conforme disposição do 9º da lei 11.419, que ensina:

Assim, não é só um mero recurso dos sistemas eletrônicos, mas também um pressuposto para que a citação eletrônica se torne válida.

Além disso, a “quebra das barreiras territoriais e temporais na prática processual eletrônica” também se mostra importante, já que é possível ter vistas dos autos em qualquer local que possua acesso à internet. O autor conclui:

Como o limite temporal para a prática dos atos processuais eletrônicos se dá às 24 horas e não ao fim do expediente do fórum, a prática destes atos não se vincula ao funcionamento do tribunal. Assim, o requisito é tecnológico e não presencial, pois estando o sistema disponível sem interrupções, o ato poderá ser praticado.

Além das acima descritas, o autor entende como vantagens na utilização do processo eletrônico, a isonomia entre o particular e a fazenda pública e a facilidade na autuação dos processos, ou sua desnecessidade. No entanto, frisa como desvantagens o pouco acesso aos meios digitais em algumas regiões brasileiras, a autonomia no desenvolvimento de sistemas eletrônicos e a não padronização dos procedimentos a parcialidade permitida pela lei da informatização judicial e a exigência da certificação digital.

3.3 PROCEDIMENTOS REALIZADOS PELA VIA ADMINISTRATIVA (LEI 11.441/07)

A lei 11.441, promulgada aos 04 de janeiro de 2007, possibilitou a realização de procedimentos de inventário, partilha, separação e divórcio consensual pela via administrativa, de forma que o Tabelião fizesse o papel que antes era atribuído apenas à figura do juiz, qual seja, o de homologar o acordo entabulado entre as partes em relação aos procedimentos acima descritos.

A exigência feita pelo legislador, no entanto, se refere à capacidade jurídica e ao consenso entre as partes. Assim, procedimentos que envolvam incapazes não poderão ser realizados na via administrativa, de acordo com o art. 982 da referida lei.⁹

A intenção do legislador, ao elaborar o projeto de lei que visasse resolver na via administrativa procedimentos como inventário e divórcio, era muito clara: dar continuidade a uma série de alterações do Código de Processo Civil que davam mais celeridade ao processo, possibilitando que terceiros, que não o juiz, pudessem auxiliar na resolução de conflitos.

Sobre a promulgação da lei 11.441/07, Moraes (2011) destaca:

Diante de tanta evolução tecnológica, tanta rapidez nos meios de comunicação - chegamos a conhecer fatos do mundo todo quase em tempo real – não é de se aceitar que a justiça brasileira seja um monstro letárgico e obsoleto. De tempos em tempos há que promover o desengessamento das instituições. A justiça não pode ser retrógrada e, no mesmo sentido, seus institutos jurídicos devem ser dinâmicos, promovendo a celeridade, eficiência e eficácia.

⁹ Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

A lei 11.441/07 fez exatamente o indicado pela autora acima, provocou o desengessamento de um procedimento que já não era mais necessário. Além disso, o acesso a essa justiça mais célere não é barrada àqueles que não dispõem de recursos financeiros para pagar uma escritura pública de inventário ou divórcio, por exemplo.

Isso porque a referida lei instituiu, em seu art. 3º, que “a escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.”

Carnelutti, em sua obra de 1949, citado por Mello, já destacava a importância do notário/tabelião e a possibilidade deste realizar procedimento que fossem além das simples anotações em um cartório.

fosse o Notário um mero documentador, estaria fadado a desaparecer, eis que a função de plasmar uma declaração de vontade num documento, de modo a que não haja dúvidas sobre a sua autenticidade, será realizada por meios mecânicos mais do que suficientes aos fins pretendidos.

Para o autor, o notário poderia desempenhar tarefas mais significativas, veja-se:

Entretanto, o Notário realiza algo mais, e isto leva à conclusão de que a função documentadora constitui o acessório do Notário. A essência da função notarial deve ser encontrada em outra forma que forneça, de modo definitivo, sua base, seu conteúdo e seu significado. Esta essência está em vias de encontrar-se quando se relaciona à idéia de sua missão com a mediação. Vale dizer, quando se parte do estudo da figura jurídica do intérprete. Não do intérprete material, e aqui está o mais importante, mas do intérprete jurídico. Realmente, o que o Notário faz é interpretar, traduzir a realidade social ao campo do Direito, trasladar o fato ao Direito, ligar a Lei ao fato.

Embora Carnelutti sequer imaginasse que em meados do ano 2000 fosse promulgada uma lei que possibilitasse ao cidadão “desfazer” seu casamento pela via administrativa, imagina-se que suas palavras fossem empregadas de forma correta em relação à lei 11.441/07.

Os procedimentos realizados pela via administrativas garante o acesso à justiça de uma maneira extremamente célere, menos formal, mas em consonância com os preceitos normativos determinados pelo Estado.

3.4 OS PROJETOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi introduzido no ordenamento constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional ° 45, de 31 de dezembro de 2004, com papel de controlar a atuação do Poder Judiciário, em termos administrativos e financeiros.

Sua instalação se deu em 14 de junho de 2005, cuja sede é em Brasília/DF, com atuação em todo o território brasileiro. De acordo com as políticas do CNJ, seu papel é o de aperfeiçoar o serviço público na prestação da Justiça.

A missão do Conselho Nacional de Justiça é garantir que a prestação jurisdicional se dê com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício do povo brasileiro e entre suas diretrizes estão a aplicação do acesso à justiça, entre outros.

Nesse sentido, a importância do estudo dos programas do CNJ para a presente pesquisa está no fato de que referido conselho desenvolve programas e projetos que visam garantir o acesso à justiça através de formas menos convencionais, que serão vistas a seguir.

As informações contidas nos itens a seguir foram extraídas do sítio da internet do Conselho Nacional de Justiça.¹⁰

3.4.1 Advocacia voluntária

O programa “Advocacia voluntária”, instituído pelo CNJ, visa prestar assistência jurídica gratuita para indivíduos que se encontram

¹⁰ <http://www.cnj.jus.br>

presos e que não possuem condições de arcar com os honorários advocatícios. O benefício estende-se também aos familiares do preso.

Com o programa, garante-se a aplicação da lei à população pobre, que muitas vezes se vê injustiçada em função das parcas condições financeiras, que lhe impossibilitam a supervisão de sua execução pela por um advogado competente.

O papel do advogado voluntário se estende à visitas para coleta de informações relevantes ao processo, agilizando os pedidos de liberdade, entre outros.

De acordo com a Resolução nº 62 do CNJ, os tribunais estaduais, diretamente ou mediante convênio de cooperação celebrado com a Defensoria Pública da União e dos Estados, cadastram os advogados interessados em prestar assistência jurídica aos presos, facilitando assim a nomeação de um profissional para atender à demanda do hipossuficiente.

Além da atuação dos advogados voluntários, o programa conta com o auxílio de acadêmicos, que servem de auxiliares ao projeto.

3.4.2 Casas de Justiça e Cidadania

Alguns municípios, em parceria com o Poder Judiciário, encontraram nas Casas de Justiça e Cidadania a forma ideal de atender a população de forma integrada, oferecendo-lhe diversos serviços em um único ambiente, facilitando o acesso às informações diversas, inclusive jurídicas.

Trata-se de uma

rede integrada de serviços ao cidadão, onde são oferecidos assistência jurídica gratuita, informações processuais, audiências de conciliação pré-processual, emissão de documentos, ações de reinserção social de presos e egressos. (CNJ, 2011)

Nas Casas da Cidadania, há possibilidade de fazer acordos extraprocessuais sobre as mais diversas áreas, solicitar documentos, reclamar sobre vícios ou defeitos de produtos ou serviços, encaminhar

carteiras de trabalho, obter acompanhamento de advogados em audiências, entre outros, dependendo do convênio de cada município.

Segundo dados do CNJ, extraídos do sítio da internet do referido Conselho, hoje o programa está presente em 14 Estados, entre eles o Amazonas, o Amapá, a Bahia, o Ceará, o Maranhão, o Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe.

O objetivo do programa é promover o princípio constitucional da cidadania (Constituição Federal de 1988, art. 1º, II) e disseminar práticas voltadas à proteção de direitos fundamentais e acesso à cultura e à justiça.

Embora em alguns estados brasileiros já houvesse programas similares muito antes, o programa “Casas de Justiça e Cidadania” foi aprovado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apenas em 2 de dezembro de 2008 e para sua instalação não é necessária a da edição de quaisquer novas leis.

Não há burocracia para instalação de uma Casa da Justiça e Cidadania, pois prescinde de valores astronômicos e estruturas onerosas, estando disponível “a todos os interessados e acessível às diversas modalidades de jurisdição, a partir de despesas e providências mínimas.”

3.4.3 Mutirão pela Conciliação

O Conselho Nacional de Justiça, por força da Resolução nº 125 deste mesmo Conselho, instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, cujo objetivo é torar efetivo o princípio constitucional do acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, Constituição da República.

Na esfera nacional, é o Poder Judiciário que deve organizar a solução de conflitos por meio dos equivalentes jurisdicionais como a conciliação e a mediação.

O procedimento a ser adotado deve ser as regras especificadas na resolução 125 do CNJ, que já vem sendo seguido pelos tribunais brasileiros.

Há ainda o Comitê Gestor da Conciliação, presidido pelo Ministro Cezar Peluso, que acompanha a implementação das medidas previstas na Resolução n. 125. Referido comitê conta com o apoio da Comissão de Acesso ao Sistema de Justiça e Responsabilidade Social

3.4.4 Mutirões da Cidadania

Em atendimento ao que preconiza a Constituição Federal no que se refere à criação de um conselho que projeta as políticas institucionais, criou-s o projeto Mutirões da Cidadania, cujo objetivo é, de acordo com o próprio conselho “estabelecer medidas concretas para a garantia de direitos fundamentais do cidadão em situação de maior vulnerabilidade”. (CNJ, 2011)

Os temas tratados pelo programa Mutirões da Cidadania são a proteção à criança e ao adolescente, a proteção ao idoso, a proteção aos portadores de necessidades especiais e à mulher vítima da violência doméstica e familiar.

Para atender às demandas especiais do mutirão da cidadania, o CNJ criou um roteiro de ações, através da elaboração de manuais e instalação de núcleos, a saber:

- Manual de Rotinas dos Juizados Especializados de violência doméstica e familiar contra a mulher, cuja finalidade é planejar a prestação jurisdicional, efetivando a aplicação da Lei Maria da Penha (11.340/2006);

- Instalação de Núcleos de Atendimento Multidisciplinar, objetivando integrar os órgãos do judiciário, do Ministério Público, Defensoria Pública, Segurança Pública, entre outros, para atendimento aos adolescentes possivelmente autores de ato infracional

- Curso de Libras para os servidores dos tribunais – visa capacitar os servidores do Poder Judiciário para a prática da comunicação através

da linguagem dos sinais, para atender aos litigantes que possuam algum problema ou dificuldade de comunicação.

3.5 OS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS E O PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL

As teses acerca do pluralismo jurídico, evidenciadas no Brasil principalmente por autores como Antonio Carlos Wolkmer e Boaventura de Sousa Santos fizeram surgir uma maior preocupação com a necessidade de criação de mecanismos que dessem efetividade à determinação constitucional que garantia o acesso a justiça.

Essa preocupação é trazida por Annoni (2011), que observa a existência de outras formas que garantam a efetivação da justiça, veja-se:

Com efeito, a ausência do Poder Judiciário em distribuir igualmente a justiça no Brasil fez fortalecer, em diversas comunidades, outras formas de organização para-estatais, com regras e sanções próprias, na maioria das vezes, mais cruéis e injustas do que as aplicadas pelo Estado, quando atinge essas pessoas. Ainda assim, foi a percepção desses novos modos de organização social que despertou no Brasil o interesse pela temática do acesso à justiça, num primeiro momento vista de modo a atender necessidades coletivas e difusas. (ANNONI, 2011, p. 75)

Conforme já demonstrado, o Estado preocupou-se com a implementação dos Juizados Especiais, editou a lei da Ação Civil Pública, facilitou o desenvolvimento de programas que facilitasse a mediação e a conciliação, promulgou a lei da arbitragem, enfim, consagrou os novos direitos e as novas formas de se fazer direito, através dos equivalentes jurisdicionais.

Não fora de tempo, pois antes das ações acima, o Estado controlou, por muito tempo, a criação da legislação e a resolução dos conflitos, de forma a monopolizar tal poder. A esse fenômeno, como já indicado no início do presente trabalho, foi dado o nome de monismo jurídico, que nada mais é do que um paradigma ultrapassado de sistema

de jurisdição, onde não havia a presença de outros sujeitos de direito, nem tampouco de outros direitos que não os emergentes do Estado.

Com o passar do tempo, viu-se que o Estado necessitou pulverizar o seu poder, de forma a perceber não apenas a existência, mas a importância de novos atores coletivos, que pudessem ajudar a equacionar o problema do acesso à justiça, seja favorecendo o acordo, por métodos não convencionais de resolução de conflitos, seja através da auto-regulamentação de associações e grupos.

Wolkmer já previa essa situação, quando ensinava que

diante da existência de certas limitações dos procedimentos alternativos no interior da administração da Justiça Estatal e da premência em reconhecer conflitos de massa provenientes das demandas por direitos, impõe-se a criação de mecanismos múltiplos não-institucionalizados, assentados em ações legislativas rápidas, efetivas e simplificadas, e em tribunais de julgamento socialmente mais eficazes, informais e pouco dispendiosos.

O autor destacava em sua obra cuja primeira edição fora editada em 1994, que era necessário que o Estado não apenas detectasse os direitos que emergiam, mas também instrumentalizar a forma de viabilizar a instrumentalização desses novos direitos, possibilitando um acesso efetivo à justiça. (WOLKMER, 2001)

Para além da oficialidade global dos aparelhos de produção e distribuição da justiça estatal subsiste, paralela, subjacente e concorrente, uma pluralidade de níveis autônomos e semi-autônomos de instâncias legislativas jurisdicionais (Wolkmer, 2001, p. 286)

Há que se destacar, no entanto, que a pluralidade indicada por Wolkmer não significa que o Estado seja refutado, descartado ou confrontado. Da mesma forma, as ações que visam a resolução de conflitos à margem do Estado, não podem ser consideradas anti estatais ou ilegítimas, conforme observa-se:

Esses procedimentos societários não-estatais envolvendo a convenção de padrões normativos

de conduta e a resolução consensual de conflitos (...) assumem características específicas de uma validade distinta, legítima e diferenciada, não menos verdadeira, podendo ser, por vezes, até mais justa e autêntica. (Wolkmer, 2002, p. 286)

De fato, para Wolkmer (2001, p. 288), a substituição da tradicional regulamentação do Estado é considerada pluralista, veja-se:

(...) a cultura jurídica dos países capitalistas de industrialização globalizada (EUA e França) experimentou considerável avanço na direção da substituição da tradicional regulamentação centralizadora do Estado por crescentes processos de auto-regulamentação da sociedade civil. Essa dinâmica **pluralista** que reflete a diminuição da intervenção do poder estatal e o aumento gradativo da organização societária reflete um procedimento mais abrangente (...) de criação espontânea do direito, quer de novos mecanismos flexíveis e informais de resolução dos conflitos. (WOLKMER, 2001, p. 288)

O que se buscava, com as discussões sobre a utilização de outros métodos, é a confirmação de que existia um modelo em crise, qual seja, o monista, que não mais atendia ao escopo da Constituição Federal de garantir o acesso à justiça, em especial no que se refere ao prazo para garantir a eficácia da tutela jurisdicional.

Busca-se o realce pela impossibilidade de negar-se que a existência de uma cultura jurídica brasileira tradicional, monista, que vive há séculos num paradigma dualista, entre Direito Oficial do Estado e Direito informal, inerente às práticas que de fato existem na sociedade, e que operam à margem da legalidade oficial dos tribunais estatais (WOLKMER, 2001)

Sobre as práticas de resolução de conflitos, por muitos autores chamadas de “alternativas” e que nesta pesquisa foram chamadas “menos convencionais”, como a conciliação, mediação e arbitragem, Wolkmer também traça algumas linhas. (WOLKMER, 2001)

Tartuce alerta para o fato de que a adoção de técnicas não tradicionais exige uma modificação da visão do operador jurídico e,

parafraseando Kazuo Watanabe, indica que a “cultura da sentença” instalou-se entre a sociedade, devendo ser substituída pela “cultura da pacificação”. (TARTUCE, 2008)

A maioria das universidades de preocupa-se em ensinar ao aluno o uso de formas não convencionais de resolução de conflitos, mas tão somente para o panorama contencioso, com base na jurisdição estatal convencional. (TARTUCE, 2008)

Como já exposto, os métodos alternativos podem ser realizados judicial ou extrajudicialmente, podendo ser utilizados como forma de apaziguar os crescentes conflitos de natureza coletiva, por exemplo. Já a mediação, técnica antiga, reapareceu frente à crise da jurisdição estatal moderna e é considerada por Wolkmer como exercício rápido, informal e voluntário. A arbitragem, por seu turno, representa um importante método, com menor interferência do Estado, embora esteja prevista em lei.

O autor destaca:

Diante da complexidade e da multiplicidade de espécies de conflitos produzidos pelas atuais sociedades capitalistas, talvez a resposta eficaz para a implementação de uma Justiça menos ritualizada e burocrática, mais flexível, rápida e informalizada, seja o alargamento da “mediação” e da “conciliação” em direção à instituição de pequenos e descentralizados tribunais de justiça. (WOLKMER, 2001, p. 301)

Sobre os Juizados Especiais e procedimentos utilizados de maneira menos informal, todos com objetivo de resolver conflitos, Wolkmer ensina:

No Brasil, esses tribunais especiais nasceram do esforço de buscar alternativas ao aparato inoperante das instâncias jurisdicionais oficiais do Estado, recorrendo aos juizados informais de conciliação e arbitragem, mais ágeis, práticos e informais, propiciando estímulo às formas extrajudiciais de resolução de conflitos e almejando assegurar concretamente o acesso à

justiça de grandes massas populares.
(WOLKMER, 2001, p. 301).

Cappelletti e Garth mencionavam, em sua obra publicada originariamente em 1978 que práticas como o juízo arbitral, a conciliação e outras soluções de litígios fora dos tribunais vinham sendo adotadas pelos “reformadores”.

Segundo os autores, os juízos arbitrais favorecem o acesso à justiça, já que os procedimentos realizados pela via judicial são, em geral, mais lentos e dispendiosos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002)

A conciliação, por sua vez, traz diversos benefícios, segundo eles, porque resolve o litígio sem necessidade de julgamento, além do que são mais facilmente aceitos do que a sentença, que em geral agrada apenas uma das partes.

Lecionam Cappelletti e Garth (2002, p. 91/92), que:

É evidente a necessidade de preservar os tribunais, mas também o é de criar outros fóruns mais acessíveis. (...) é um método essencial para franquear o acesso às pessoas comuns, particularmente quando, como acontece em geral, os indivíduos não perdem completamente seu direito de comparecer perante os tribunais.

Mas demonstram a existência de outros métodos, que não apenas a conciliação e o juízo arbitral, como a cobrança de custas judiciais nos casos em que a parte não aceitou uma proposta de acordo que, quando da sentença, pareceu ser justa.

Cappelletti e Garth (2002) destacam que muitas vezes as cortes regulares não são adequadas a certos tipos de demanda, havendo assim a necessidade de criação de criar fóruns mais acessíveis. Assim, seria possível, por exemplo, que houvesse a permissão aos árbitros que tomem decisões baseadas na justiça e não na lei.

Esses métodos resumem os autores acima, atendem ao desafio de criar órgãos eficazes para a defesa dos direitos do cidadão comum, além dos novos direitos dos indivíduos.

Outra proposta trazida pelos autores é o Tribunal de Vizinhança, que prevê a resolução de divergências na comunidade, para facilitar os acordos sobre problemas locais, assumindo um importante papel social.

Os exemplos acima tomam a dimensão dos projetos instituídos pelo Conselho Nacional de Justiça, mencionados no segundo capítulo, cuja função social é extraordinária.

Nesse sentido, é importante trazer à tona a definição de Cappelletti e Garth: “a assistência jurídica significa mais do que a simples representação perante os tribunais”. E explicam: “ela implica auxílio para tornar as pessoas mais ativamente participantes das decisões básicas (...) que afetam sua vida”. As citações acima se referem, embora sem nenhuma intenção, àquelas tentativas de inserir o cidadão ou litigante na resolução do seu conflito, seja por meio de um método auto-compositivo, seja através de programas criados pelo Estado, trazendo à tona o viés juspluralista dessas estratégias.

Como se vê, os equivalentes jurisdicionais são meios de acesso à justiça que emergem da conceituação de pluralismo jurídico, porquanto o paradigma pluralista moderno prevê maior interação entre cidadão e Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise paradigmática que assolou o sistema jurídico brasileiro, que encontrava suas respostas no monismo jurídico, fez eclodir um movimento de grande amplitude, denominado pluralismo jurídico.

O pluralismo jurídico demonstrou que, ao contrário do que pregava a corrente monista, o Estado não é, nem pode ser, o único produtor legislativo de um país, nem tampouco o único ente responsável pela resolução de conflitos.

Assim, foi possível identificar dois modos diferentes de pluralismo jurídico, quais sejam o pluralismo jurídico estatal e o pluralismo jurídico não estatal. Este último seria aquele movimento em que entes sem vínculo com o Estado (associações de bairros, movimentos em prol da justiça, entre outros) criariam mecanismo de resolução de conflitos sem qualquer envolvimento com o Poder Judiciário.

O pluralismo jurídico estatal, por sua vez, é aquele em que o Estado cria formas de resolver os conflitos que até então não eram consideradas as mais convencionais, mas que poderiam ajudar a decidir os problemas da sociedade sem, no entanto, passar por todo o processo burocrático que envolve uma demanda judicial.

Frente a essas informações, era necessário analisar se o Estado brasileiro vinha se adequando a esse novo paradigma, criando equivalentes jurisdicionais que possibilitassem a abertura de novos caminhos que levassem à resolução menos tortuosa de um conflito jurídico.

Desta forma, a pesquisa abordou algumas formas chamadas por alguns doutrinadores de “alternativas”, mas que, por uma questão de semântica, e para não confundir com o movimento alternativo criado em especial no Rio Grande do Sul, denominamos “menos convencionais” de resolução de controvérsias.

Os equivalentes jurisdicionais como a conciliação, negociação, mediação e arbitragem são as formas mais conhecidas de resolver os conflitos com ou sem a tutela estatal. Os acordos ou sentenças arbitrais

podem ou não ser submetidos à homologação do juiz e, sendo este o caso, o procedimento é rápido.

No entanto, há diversos projetos envolvendo o Poder Judiciário, originados do Conselho Nacional de Justiça e implantados em algumas comarcas, que vem demonstrando a preocupação do Estado brasileiro com a implantação de métodos pluralistas para resolver demandas judiciais.

O problema da pesquisa, no entanto, era analisar os equivalentes jurisdicionais, aqui entendidos como todas as formas de resolução de conflitos que primassem pela celeridade, pela informalidade, pela inserção do próprio litigante na busca por um resultado satisfatório, observando se poderiam ser considerados como formas pluralistas de acesso à justiça.

Nesse sentido, ao observar que os equivalentes jurisdicionais primavam por vários dos princípios que norteiam o pluralismo jurídico, concluiu-se que eles podem ser considerados meios pluralistas de acesso à justiça, pois procuram garantir a tutela jurisdicional através de meios não institucionais ou, se institucionalizados, por via mais fácil.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Processo Eletrônico**: Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006. 2ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVES, Cleber Francisco & PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em preto e branco**: Retratos Institucionais da Defensoria Pública, 2004.

ALVES, Isaías. **Pluralismo Jurídico e Pluralismo Normativo**: (des)construções. Artigo publicado originalmente nos Anais do Evento FOMERCO/Sergipe (VI Encontro Internacional do Fórum Mercosul). GT 13 - Identidades Sul-Americanas, Cultura(s) Jurídica(s) e Direito(s) na América do Sul.

ANDRADE, Ana Luísa do Couto. RIBEIRO, Mariana Dantas. **Direito alternativo e pluralismo jurídico, em busca da isonomia material**. Disponível em <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/7/8>. Acesso em 23/08/2011

ANNONI, Danielle. **O movimento em prol do acesso a justiça no brasil e a construção de uma democracia pluralista**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03_517.pdf. Acesso em 23/08/2011

ANTUNES, Fernando Luís Coelho. **A Justiça Comunitária e os Modelos Alternativos de Administração da Justiça**. Disponível em <http://www.nepe.ufsc.br/controle/artigos/artigo55.pdf>. Acesso em 25 de janeiro de 2011.

_____. **O pluralismo jurídico: MARCO TEÓRICO PARA A DISCUSSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. UFSC, Florianópolis, ano

ASSIES, Willem. **Reforma indígena en michoacán y pluralismo jurídico**. Documento de Trabajo, 02.09.2003. Disponível em <<http://www.alertanet.org/assies-6.htm>>. Acesso em 02.10.2004.

AZEVEDO, André Gomma de (org). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de processo civil** 7ed. São Paulo: Forense, 2006

BENSUSAN, Nurlt (org.). **Seria melhor mandar ladrilhar?** São Paulo: Peirópolis, 2008.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de família**. Curitiba: Juruá, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHATEAUBRIAND, André. **Direito, Administração e Economia: Uma visão multidisciplinar**. Disponível em <http://www.faculdadedecisao.edu.br/np/2009/10/21/direito-administracao-e-economia-uma-visao-multidisciplinar/>. Acesso em 21/07/2011.

CORREAS, Óscar. **Introdução à sociologia jurídica**. Porto Alegre: Crítica jurídica, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002. Vol. 1.

DURÇO, Karol Araújo. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito**. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume II. Ano 2, janeiro a dezembro de 2008.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife**. In: O direito achado na rua. José Geraldo de Sousa Júnior, org. 3 ed. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1990. 144 p. ISBN 342.71.

_____. **Democracia, direito e terceiro setor**. 2ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRIBOGGI, Angela Maria. **Pluralismo jurídico e a crise do positivismo jurídico no Brasil**. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/angela_maria_griboggi.pdf Acesso em 27 de janeiro de 2011.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. 1996, p. 08.

MARTINS, S.. **O senso comum teórico nos Tribunais brasileiros e a banalização hermenêutica**. Revista CEJ, América do Norte, 1416 03 2010. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/1294/1340>. Acesso em 27/06/2011.

MARTINS, Simone. **O senso comum teórico nos tribunais brasileiros e a banalização hermenêutica**. In: Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 68-75, abr./jun. 2010

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Subsídios para uma Ciência Pragmática da Legislação: uma alternativa para a cientificidade do direito (o retorno ao pragmatismo ou o direito para o homem-mau)**. In: Revista Espaço Acadêmico nº 120. Ed. Especial, Maio de 2011. ISSN 1519-6186.

MORAIS, José Luís Bolsan de. **A idéia de direito social**. O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MORAIS, Sabrina. **Direito ao desenvolvimento, direitos humanos e pluralismo jurídico**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.).

Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

NALINI, José Renato. **Novas perspectivas no acesso à justiça**. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>
Acesso em 30/09/2011

REALE, Miguel. **Direito natural/ direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

RIBAS, Luiz Otávio. **Direito insurgente e pluralismo jurídico**: assessoria jurídica de movimentos populares em Porto Alegre e no Rio de Janeiro (1960-2000). Dissertação de mestrado, 2009.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça do direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

_____. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Filosofia Jurídica da Alteridade**. 1a ed. Curitiba: Juruá, 1998.

SILVA SANTOS, Valdoir da. **O multiculturalismo, o pluralismo jurídico e os novos sujeitos coletivos no Brasil**. Dissertação de Mestrado (Direito). UFSC, Florianópolis, 2006.

SILVA, Adriana Barbosa da. **O acesso à justiça realizado pelo ensino superior**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 74, 01/03/2010. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 23/08/2011.

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 2 Ed. Ijuí: Unijuí, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Crise de paradigmas**. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. Disponível em: <http://leniostreck.com.br>. Acesso em: 26 jan. 2011.

_____. **Verdade e consenso.** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Fernando Horta. **A Intermediação como forma alternativa de solução de conflitos:** Mediação e Conciliação. Dissertação de Mestrado (Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas, 1998.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

VERÁS NETO, Francisco Quintanilha. **Pluralismo Jurídico -** comunitário participativo, emancipatório, libertador como projeto de combate ao monismo jurídico neoliberal na América Latina. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 11, n. 1, p. 149-186, jan./jun. 2010

VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação.** Florianópolis: Dominguez & Dominguez Ltda, 2001

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Pluralismo jurídico:** os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Pluralismo jurídico.** Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

ANEXO I

LEI DA ARBITRAGEM

LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

Dispõe sobre a arbitragem.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I

Disposições Gerais

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Capítulo II

Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a

arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Capítulo III

Dos Árbitros

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

- a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
- b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Capítulo IV

Do Procedimento Arbitral

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá

fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Capítulo V

Da Sentença Arbitral

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

- I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;
- II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I - for nulo o compromisso;
- II - emanou de quem não podia ser árbitro;
- III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
- VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Capítulo VI

Do Reconhecimento e Execução de Sentenças

Arbitrais Estrangeiras

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornando obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII

Disposições Finais

Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 267.....

VII - pela convenção de arbitragem;"

"Art. 301.....

IX - convenção de arbitragem;"

"Art. 584.....

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 520.....

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Brasília, 23 de setembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

ANEXO II

PROJETO DE LEI DA MEDIAÇÃO

PROJETO DE LEI Nº , DE 2007

(Do Dep. Sérgio Barradas Carneiro)

Altera dispositivo do Código Civil para inserir a mediação familiar como recomendação na regulação dos efeitos da separação e divórcio.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. Esta lei insere no Código Civil a recomendação de incentivo à mediação familiar na regulação dos efeitos da separação e divórcio.

Art. 2º. O art. 1.571 da Lei 10.406 – Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“ Art. 1.571.....

.....
§ 3.º Na separação e no divórcio deverá o juiz incentivar a prática de mediação familiar”. (NR) .

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O presente Projeto de Lei foi sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, idéia também defendida pelo ilustre Deputado Antonio Carlos Biscaia. O instituto da mediação é um conhecimento teórico que já se organizou suficientemente para ser reconhecido pela comunidade jurídica brasileira, depois de uma criteriosa discriminação entre os equivalentes jurisdicionais - mediação, conciliação e arbitragem – para conceituar a mediação como uma linguagem.

A mediação fundamenta-se teoricamente na linguagem ternária, regida pela conjunção *e* em lugar de *ou* (esta de linguagem binária), comportando infinitas alternativas para uma determinada situação, de acordo com os recursos pessoais dos litigantes e do mediador. Trata-se da dinâmica da intersubjetividade, visando ao exercício da humanização

do acesso à justiça. A linguagem ternária representa a concretude da filosofia da discussão (Habermas), em que tudo se constrói pela comunicação, pela necessidade do diálogo, pela humanidade, enfim, pela ética da discussão.

A mediação familiar fundamenta-se na cultura de paz – e não pela mera pacificação dos conflitos como o é a conciliação – constituindo o ideal fundante do movimento da *Association pour la Promotion de la Médiation* - APPM, legitimada e reconhecida pela Comunidade Européia, cujo critério de natureza universal adotado para recomendar a inserção do instituto no Código Civil dos países integrantes daquele bloco pode ser acolhido para fundamentar a inclusão da mediação no Código Civil de 2002. “*A entrada explícita da familiar no Código Civil permitirá uma reflexão diferente sobre as funções da justiça, que deve garantir uma resposta, seja ela institucional ou não*”. Eis o fundamento que autoriza a inserção do instituto da mediação no Código Civil, outorgando-lhe o status necessário para a humanização do Direito de Família.

Sala de Sessões, 19 de março de 2007.

Deputado SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO
PT/BA

ANEXO III

PROJETO ALTERAÇÃO CÓDIGO PROCESSO CIVIL

(Exposição de motivos à inserção da mediação e texto parcial incluindo a mediação nos procedimentos familiares)

(...)

Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores.

2) Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no **contexto social** em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação.²¹ Entendeu-se que a *satisfação efetiva* das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência, poderão participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação.

(...)

REGULAMENTAÇÃO DE ASPECTOS DO COTIDIANO:

Especificação do *dies a quo* para aplicação das multas; acesso imediato do advogado à sentença pela internet (sem necessidade de esperar o prazo comum para embargos de declaração);

AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO: Obrigatoriedade da audiência de conciliação no início das demandas: sugeriu a mediação obrigatória nos escritórios de advocacia para evitar mais uma audiência a cargo do Juiz e que poderá atravancar a pauta ainda mais; GRATUIDADE DE JUSTIÇA: melhor regulamentação para evitar os abusos, cominar multas para o mau uso.

Permitir que a mediação e a conciliação possam ser sigilosas para que as partes possam falar mais livremente (ex. admitir que estava em alta velocidade, propor uma indenização mínima) sem o temor de que isso seja usado em seu desfavor pelo juiz (ex. concluir pela sua culpa, ou fixar acima do que proposto na conciliação).

Emprego de meios alternativos de solução de controvérsias: uma boa lei processual não resolve problemas sociológicos. Apesar do ensinamento nas academias, a sentença não pacifica; já os meios que contam com a

participação dos envolvidos, como conciliação e mediação, são mais efetivos para alcançar este fim. Conciliadores e mediadores remunerados e treinados pelo Estado, bem como de estabelecimento de uma audiência prévia para este fim; Tratamento adequado de medidas cautelares e antecipatórias, em alguns casos até mesmo com dispensa de sentença de mérito; Homologação de Sentença Estrangeira apenas para as condenatórias, e reconhecimento automático das declaratórias e constitutivas.

Seção V

Dos conciliadores e dos mediadores judiciais

Art. 134. Cada tribunal pode propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação.

§ 1º A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.

§ 2º A confidencialidade se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 3º Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o conciliador e o mediador e sua equipe não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

Art. 135. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

§ 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio.

§ 2º O mediador auxiliará as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

Art. 136. O conciliador ou o mediador poderá ser escolhido pelas partes de comum acordo, observada a legislação pertinente.

Parágrafo único. Não havendo acordo, o conciliador ou o mediador será sorteado entre aqueles inscritos no registro do tribunal.

Art. 137. Os tribunais manterão um registro de conciliadores e mediadores, que conterá o cadastro atualizado de todos os habilitados por área profissional.

§ 1º Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade

credenciada pelo tribunal, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal.

§ 2º Efetivado o registro, caberá ao tribunal remeter ao diretor do fórum da comarca ou da seção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que o nome deste passe a constar do rol da respectiva lista, para efeito de sorteio.

§ 3º Do registro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como quaisquer outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, bem como para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

Art. 138. Será excluído do registro de conciliadores e mediadores aquele que:

- I - tiver sua exclusão solicitada por qualquer órgão julgador do tribunal;
- II - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade;
- III - violar os deveres de confidencialidade e neutralidade;
- IV - atuar em procedimento de mediação, apesar de impedido.

§ 1º Os casos previstos nos incisos II a IV serão apurados em regular processo administrativo.

§ 2º O juiz da causa, verificando atuação inadequada do conciliador ou do mediador, poderá afastá-lo motivadamente de suas atividades no processo, informando ao tribunal e à Ordem dos Advogados do Brasil, para instauração do respectivo processo administrativo.

Art. 139. No caso de impedimento, o conciliador ou o mediador devolverá os autos ao juiz, que sorteará outro em seu lugar; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com o relatório do ocorrido e a solicitação de sorteio de novo conciliador ou mediador.

Art. 140. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou o mediador informará o fato ao tribunal para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

Art. 141. O conciliador ou o mediador fica impedido, pelo prazo de um ano contado a partir do término do procedimento, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes. **Art. 142.** O conciliador e o mediador perceberão por seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Art. 143. Obtida a transação, as partes e o conciliador ou o mediador assinarão termo, a ser homologado pelo juiz, que terá força de título executivo judicial.

Art. 144. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes.